No. .... : الرقم   Date .... : التاريخ



الرقم العام
٦٢٧١

٢١٧,٤ تبيين الحقائق لما فيه من تبيين ما اكتنز من
ت ٥ ز الدقائق، تأليف الزيلعي، عثمان بن علي - ٧٤٣هـ.

كتب في القرن الثالث عشر الهجرى تقديرا.

ج٢ (٥٨٢ق،) ٢٣ س ٢٢×١٦ سم

٦٢٧١ نسخة جيدة ، خطها نسخ معتاد. طبع

الأعلام ٤ : ٣٧٣ هدية العارفين ١ : ٦٥٥

١- المذهب الحنفي، فقه المذاهب الاسلامية

أ- المؤلف ب- تاريخ النسخ ج- شرح كنز الدقائق

الرقم: ١٧٢٦
العنوان: تبيين الحقائق لما فيه من تبيين ما اكتنزه الدقائق
المؤلف: الزيلعي، عثمان بن علي - ٧٤٣ هـ
تاريخ النسخ: القرن الثالث عشر الهجري تقديرا
اسم الناسخ: ــــ
عدد الأوراق: ج٢ (٢٨٥ ق)
ملاحظات: ــــ

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين

كتاب البيع

وهو من الاضداد يقال باع كذا اذا اخرجه
عن ملكه او ادخله فيه وفي الخبر قال عليه
السلام لا يخطب الرجل على خطبة اخيه ولا يبيع
على بيع اخيه اي لا يشتري على شرا اخيه لان
النهي عنه هو الشرا لا البيع قال الفرزدق
إنّ الشباب لرابح من باعه • والشيب ليس لبايعه تجار
ويقع في الغالب على اخراج المبيع عن الملك قال
مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا في الشرع
وفي اللغة هو مطلق المبادلة من غير تقييد
بالتراضي وكونه مفيدا انه ثبت شرعا لقوله
تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض وهو جايز
ثبت بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب
فما تلونا وقوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربا
واما السنة فما روي انه عليه الصلاة والسلام
باع قدحا وحلسا وكانوا يتبايعون فاقرهم
عليه واما الاجماع فان الامة اجتمعت على جوازه
وانه احد اسباب الملك قال ويلزم بايجاب
وقبول وقال الشافعي رحمه الله لا يلزم بل لهما
خيار المجلس لقوله عليه الصلاة والسلام المتبايعان
بالخيار ما لم يتفرقا اذ هما متبايعان بعد البيع
وقبله متساومان ولنا ان العقد تم من الجانبين

ودخل

جوازه ح

ودخل المبيع في ملك المشتري والفسخ بعده لا يكون
الا بالتراضي لما فيه من الاضرار بالآخر بابطال
حقه كساير العقود وما رواه محمول على خيار القبول
فانه اذا اوجب احدهما فلكل منهما الخيار
ما داما في المجلس ولم ياخذا في عمل آخر وفي
لفظه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة البيع
حقيقة وما بعدها وقبله مجاز كساير اسماء الفاعل
مثل المتجادلين والمتضاربين فيكون التفرق
على هذا بالاقوال كما في قوله تعالى وان يتفرقا
يغن الله كلا من سعته لانه اذا اطلقها على حال
تحمل الفرقة بقبولها هذا تاويل محمد وقال
ابو يوسف هو التفرق بالابدان بعد الايجاب
قبل القبول وقال عيسى هذا اولى لما عهدنا
في الشرع ان الفرقة موجبة للفساد كما في الصرف
قبل القبض وما ذكروه يوجب التمام ولا نظير له
في الشرع فكان ما ذكرنا اولى بكونه مرادا وما
روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه كان يبيع
ويفارقه خطوات خشية التراد تاويل منه
وتاويل الصحابي عندنا لا يكون حجة او يجوز ان يكون
فعل ذلك لقطع الاحتمال حتى لا يحتج عليه الآخر
بذلك فيقطع الاحتمال بيقين احتياطا لئلا يحمله
مخالفه عليه لا لان مذهبه كذلك بدليل انه قال
ما ادركت الصفقة حيا فهو من مال المبتاع اي

اذا ملك بعدها وقال عليه الصلاة والسلام
من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه من
غير فصل به واما قوله اذ هما مشتغلان بعد
البيع فقد ذكرنا ان الكيفية فيه حالة البيع
ولانه يحتمل انه عليه الصلاة والسلام سماهما
متبايعين لقربهما من البيع كما سمى العصير
خمرا واسماعيل عليه السلام ذبيحا وانما كان
له خيار القبول لانه لو لم يكن الخيار لكان لزم
البيع من غير اختيار الآخر ولدخل في ملكه
ولم يرد ذلك في وسع الموجب وللموجب ان يرجع
في هذه الحالة لانه ليس فيه ابطال حق الغير
بخلاف ما اذا قضى الاصيل الدين للكفيل قبل
ان يقضي الكفيل او دفع الزكاة الى الساعي
قبل الحول حيث لا يكون لهما ان يرجعا فيه لان
حق الكفيل والفقير تعلق به على تقدير ان يقضي
الدين وان يتم الحول والنصاب تام فلا يملك
ابطاله وينعقد بكل لفظ ينبئ عن التحقق كبعت
واشتريت او رضيت او اعطيتك او خذه بكذا
والارسال والكتاب كالخطاب حتى يعتبر مجلس
اداهما وليس له ان يقبل بعض المبيع ٥
دون البعض وان فصل الثمن الا اذا كرر
البائع لفظة بعت مع ذكر الثمن لكل واحد
عند ابي حنيفة وعندهما له ذلك ان فصل

الثمن

الثمن بان قال بعتك هذين كل واحد بكذا او
بعتك هذه العشرة كل واحد منها بكذا بناء على
ان البيع يتعدد بتكرار لفظة بعت عنده وعندهما
بتفصيل الثمن وكذا ليس له ان يفرق في القبض
عند اتحاد العقد بايفاء ثمن البعض او ابرائه
او تأجيله قال ويتعاطى اي يلزم بالتعاطي
ايضا ولا فرق بين ان يكون المبيع خسيسا او
نفيسا وزعم الكرخي انه ينعقد به في
خسيس لجريان العادة ولا ينعقد في
النفيس لعدمها والصحيح الاول لان جواز
البيع باعتبار الرضا لا بصورة اللفظ وقد
وجد التراضي من الجانبين فوجب ان يجوز
ثم اختلفوا فيما يلزم به بيع التعاطي فقيل
تتم بالدفع من الجانبين واشار محمد رحمه الله انه
يكتفى بتسليم المبيع قال واي قام عن المجلس
قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض
والرجوع فيبطل به كسائر عقود المبادلة بخلاف
الخلع والعتق على مال حيث لا يبطل بقيام
الزوج والمولى لانه يمين من جهتهما والقبول
شرط والايمان لا يبطل بقيام الزوج والمولى
وعند الشافعي خيار القبول لا يمتد الى آخر
المجلس بل هو على الفور ولنا انه يحتاج الى
التروي والفكر والتأمل فجعل ساعات

معناه اذا اوجب احدهما البيع ثم قام
احدهما الموجب اولا قبل القبول بطل الايجاب
صح

المجلس كساعة واحدة اذ هو جامع للمتفرقات
وفيه يندفع الحرج وفيما قاله الشافعي رحمه
الله حرج بين وهو منتف بالنص قال الله
تعالى يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر
وقال عليه الصلاة والسلام يسروا ولا تعسروا
قال ولا بد من معرفة قدر ووصف ثمن غير
مشار لان جهالتهما تفضي الى النزاع المانع من
من التسليم والتسلم فيخلو العقد عن الفائدة
وكل جهالة تفضي اليه (الى النزاع) يكون مفسدا قال
لا مشار اليه لا يحتاج الى معرفة القدر والوصف
في المشار اليه من الثمن او المبيع لان الاشارة
ابلغ اسباب التعريف وجهالة وصفه وقدره
بعد ذلك لا تفضي الى المنازعة فلا تمنع الجواز
لان العوضين حاضران بخلاف الربوي اذا
بيع بجنسه حيث لا يجوز جزافا لاحتمال الربا
وبخلاف راس مال السلم حيث لا يجوز اذا كان
من المقدرات الا ان يكون معروف القدر
عند ابي حنيفة رحمه الله على ما يجي بيانه
في موضعه قال وصح بثمن حال وباجل معلوم
معناه اذا بيع بخلاف جنسه ولم يجمعهما قدر
لقوله تعالى واحل الله البيع من غير فصل
وعنه عليه الصلاة والسلام انه اشترى من
يهودي الى اجل ورهنه درعه ولا بد من ان

يكون

يكون الاجل معلوما لان الجهالة تفضي الى المنازعة
قال رحمه الله ومطلقه على النقد الغالب اي
مطلق الثمن يقع على غالب نقد البلد ومراده من
الاطلاق هنا ان يكون مطلقا عن قيد البلد
ومن قيد وصف الثمن بعد ان سمى قدره بان
قال عشرة دراهم مثلا فاذا كان كذلك ينصرف
الى المتعامل به في بلده لان المعلوم بالعرف كالمعلوم
(الى بلد العقد لا بلد العاقدين)
بالنص لا سيما اذا كان فيه تصحيح تصرفه قال وان
اختلف النقود فسد ان لم يبين وهذا اذا كان
الكل في الرواج سواء وفي المالية مختلفة لان مثل
هذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيفسد الا
ان ترفع بالبيان فان كانت في الرواج مختلفة
ينصرف الى الغالب نقد البلد على ما بينا وان كانت
في المالية سواء جاز البيع كيف ما كان غير انه
ان كان احدهما اروج انصرف اليه لما ذكرنا وان
كانت في الرواج سواء كالاحادي والثنائي والثلاثي
جاز لان مالية كل واحد سواء غير ان الاول
كل واحد منه درهم والثاني كل اثنين منه درهم
والثالث كل ثلاثة درهم ونظيره الكاملي و
والعادلي والظاهري والمنصوري والناصري
اليوم بمصر فاذا اشترى بدراهم معلومة
فاعطى من ايها شا جاز لانه لا منازعة فيها ولا
اختلاف في المالية قال رحمه الله ويباع الطعام

كيلا وجزافا لانه بكل واحد منهما يصير معلوما اما المكايلة فظاهر واما الجزاف فلما بينا في المشار اليه ومراده بالجزاف اذا باعه بخلاف جنسه ولم يكن راس مال السلم على ما بيناه في المشار اليه وبجنسه لا يجوز الا اذا كان قليلا وهو ما دون نصف الصاع قال وبانا او بحجر بعينه لا يعرف قدره لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة وهي المانعة لا مجرد الجهالة فصار كالمجازفة وكبيع شيء لا يعرف وصفه بالاشارة ولا يتوهم هلاكه قبل التسليم لان تسليمه يجب في المجلس بخلاف السلم لان التسليم فيه متاخرا الى حلول الاجل فيحتمل هلاكه والاحتمال فيه ملحق بالحقيقة وهذا اذا كان الانا لا ينكبس بالتكبيس ولا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة والخزف واما اذا كان ينكبس كالزنبيل والقفة فلا يجوز الا في قرب الما استحسانا بالتعامل فيه روي ذلك عن ابي يوسف وكذا اذا كان الحجر يتفتت وكذا اذا باعه بوزن شيء يخف اذا جف كالخيار والبطيخ وعن ابي حنيفة وابي يوسف لا يجوز بوزن حجر وبانا لا يعرف مقداره لان هذا جزاف وشرط جواز الجزاف ان يكون مميزا مشارا اليه ولو كاله به ورضي المشتري به جاز لانه صار مميزا مشارا

الیه

لكن نقل العيني عن التتارخانية عن الصغرى ان ما قاله الرعا في كثيره وفي قليله وعليه الفتوى

نقل عن ابن الهمام ان فيه نظر اذ للصحيحة اشتراط التسليم في المجلس لا يظهر اثر الخفة بالجفاف وغالبا لان هذه المدة اليسيرة لا تحتمل الجفاف

اليه ولو كاله به ثم رضي المشتري جاز لانه صار مميزا مشارا اليه وان باعه بعد ذلك قبل ان يعيد الكيل جاز لانه اشتراه مجازفة فكان المستحق هو المشار اليه قال ومن باع صبرة كل صاع بدرهم صح في صاع وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا جاز في الكل لان المبيع معلوم بالاشارة لان المشار اليه لا يحتاج الى معرفة مقداره لجواز البيع وجهالة الثمن بايديهما رفعها فيجوز كما لو باع عبدا من عبدين على ان يأخذ ايهما شاء بخلاف اذا آجر داره كل شهر بدرهم حيث لا يجوز الا في شهر واحد لان الشهور لا نهاية لها فلا يمكن ازالة الجهالة فيها فيصرف الى الاقل كما اذا قال لفلان علي كل درهم يلزمه درهم واحد بخلاف ما اذا قال كل امراة اتزوجها طالق حيث ينصرف الى الكل لعدم افضائه الى المنازعة ولابي حنيفة رحمه الله ان الثمن مجهول وذلك مفسد غير ان الاقل معلوم فيصح فيه للتيقن به وما عداه مجهول فيفسد كما اذا باع الثوب برقمه بخلاف ما استشهدا به لان الرافع للجهالة هناك هو الكيل متاخر عن العقد وفي تلك مقارن لان اختياره موجود حالة التبايع ثم اذا جاز في قفيز واحد عنده يثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه ولو كاله في المجلس

جاز بالاجماع لزوال المانع قبل تقرر الفساد
وكذا اذا سمى جملة القفزان وله الخيار فيهما
لانه علم في ذلك الوقت فصار كما ان لو ظهر له
بالايجاب وكما اذا اشترى ما لم يره فراه وان
افترقا قبل ان يعرف فسد فلا ينقلب صحيحا
بعد المجلس بخلاف ما اذا شرط الخيار اربعة
ايام حيث يعود صحيحا بازالة المفسد بعد
الافتراق لان المفسد فيه لم يتمكن في صلب العقد
بل باعتبار اليوم الرابع فيعود صحيحا قبل
مجيئه وهنا تمكن فيه فيتقيد بالمجلس قال ولو
باع ثلة اي جماعة ومراده من الغنم او ثوبا كل شاة
بدرهم او كل ذراع بدرهم فسد في الكل وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز في الكل
لما ذكرنا ان رفع هذه الجهالة بايديهما لما
ان لهما بتايعه وله ما ذكرنا من الجهالة الا ان
الواحد متيقن به فينصرف اليه غير ان افراد
الشياه متفاوتة فلا يجوز بيع واحد منها فيفسد
وقطع ذراع من ثوب يكون ضررا على الباقي
فلا يجوز كما لو باع جذعا من سقف وعلى هذا
كل عددي متفاوت قال ولو سمى الكل صح في
الكل يعني لو سمى جملته في العقد جاز في الكل في
الفصلين في فصل الصبرة وفي فصل الشياه ونحوه
لزوال المانع وكذا اذا سمى بعد العقد في المجلس

لما ذكرنا وهو ثاني على قوله وعلى قولهما لا يتاتى
لجوازه بدونه قال ولو نقص كيلا اخذ
بحصته او فسخ وان زاد فللبايع يعني لو باع صبرة
وسمى جملتها بان قال بعتكها على انها مائة قفيز
بمائة درهم ثم وجدها ناقصة اخذ الموجود
بحصته الى اخره لانها من المقدرات فيتعلق
العقد بقدرها وان لم يسم قسط كل قفيز فاذا
تعلق بقدرها فان وجدها ناقصة فله الخيار
ان شا اخذها بحصتها وان شا تركها لتفرق
الصفقة عليه وان وجدها زايدة فالزايد
للبايع لانه لم يدخل في البيع الا القدر المسمى
فبقي على ملكه اذ القدر ليس بوصف قال
ولو نقص ذراع اخذ بكل الثمن او ترك وان زاد
فللمشتري ولا خيار للبايع معناه اذا باع
هذا ذرعا وسمى جملة الذرعان ولم يسم لكل
ذراع ثمنا ثم وجده ناقصا اخذه بكل الثمن
وان شا تركه الى اخر ما ذكر لان الذرع وصف
للمذروع فلا ينقسم الثمن على الاوصاف فيكون
كل الثمن مقابلا بالعين كلها بخلاف الاول غير
انه ان وجده ناقصا يثبت له الخيار لفوات
وصف مرغوب فيه مشروط في العقد وان
وجده زايدا فهو له بذلك الثمن لان الوصف
لا يقابله شي من الثمن ولا خيار للبايع كما اذا شرط

معيبا فوجده سليما وبالعكس وهو ما اذا شرط
سليما فوجده معيبا للمشتري الخيار والدليل
على انه وصف انه عبارة عن الطول والعرض
ويجوز للمشتري ان يبيعه بعد القبض قبل
ان يذرعه ولو كان قدرا لما جاز لاحتمال
ان يزيد فيكون للبائع كما في المبيع الكيلي وهو الموزون
قال ولو قال كل ذراع بكذا ونقص اخذ
بحصته او ترك وان زاد اخذ كله كل ذراع
بكذا او فسخ معناه انه اذا قال بعتكه على
انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم مثلا فوجده
ناقصا فهو بالخيار ان شاء اخذه بحصته وان شاء
تركه وان وجده زايدا اخذه كله كل ذراع
بدرهم او فسخ لان الذراع وان كان وصفا
يصلح ان يكون اصلا لانه عين ينتفع به
بانفراده فاذا سمى لكل ذراع ثمنا جعل اصلا
والا فهو وصف فاذا صار اصلا فان وجده
ناقصا اخذه بحصته ويثبت له الخيار لتفرق
الصفقة عليه وان وجده زايدا فهو بالخيار ايضا
ان شاء اخذه كله كل ذراع بدرهم وان شاء تركه
لانه ان حصل له الزيادة في المبيع يلزمه الزيادة
في الثمن فكان فيه نفع يشوبه ضرر فيتخير وليس
له ان يأخذ القدر المسمى ويترك الزيادة لان التبعيض
يضره بخلاف الصبرة الا ترى انه لا يجوز ان يبيع

اي البايع او النهر

بعض

بعض المذروع ابتدا وفي الصبرة يجوز ولما كان
الذراع يصلح ان يكون اصلا اعتبر اصلا في حق
انقسام الثمن على الذرعان وبقي وصفا في حق
غيره من الاحكام كدخول الفاضل في البيع
وان سمى لكل ذراع ثمنا قال وفسد بيع عشرة
اذرع من دار لا اسهم اي لا يفسد بيع عشرة
اسهم من دار وهذا مشكل فانه لو باع عشرة
اسهم من دار او غيرها ولم يقل من ماية سهم ونحوه
يفسد لانه مجهول لا تعرف نسبته الى جميع
الدار بخلاف ما اذا قال عشرة اسهم من ماية
سهم او من ثلاثين مثلا حيث يجوز لانه معلوم
عشرا او ثلثا ولعل الشيخ رحمه الله قصد هذا ولكن
اجحافه في الاختصار ادى اليه وقوله وفسد بيع
عشرة اذرع من دار هو قول ابي حنيفة رحمه الله
واختلف المشايخ على قولهما فمنهم من قال لا يجوز
عندهما للجهالة بمنزلة ما لو اشترى سهما منها او
عشرة اسهم منها ولم يقل من كذا اسهم ومنهم من قال
يجوز لان هذه الجهالة يمكن رفعها بالذرع فيعرف
فلا يفضي الى المنازعة بخلاف ما لو اشترى سهما منها
او عشرة اسهم اذ لا يمكن رفع الجهالة فيه ولو
باع عشرة اذرع من ماية ذراع فسد عنده وعندهما
يجوز اذا كانت الدار ماية ذراع لانه عشرها
فاشبه عشرة اسهم من ماية سهم وله ان الذراع

اسم لآلة يذرع بها واستعير لما يحله الذراع وهو
معين لا شائع بين لا يعلم محله من اي الجوانب هو
على التعيين فلا يجوز كما لو باع احد العبدين بخلاف
ما اذا باع عشرة اسهم من مائة سهم لانه شايع
فلا يفضي الى المنازعة وذكر الخصاف ان الفساد
عنده اذا لم يعلم جملة الذرعان واما اذا علم
جملتها فيجوز عنده فجعلها نظير بيع شاة من القطيع
كل شاة بدينار فانه ان علم عددها جملة يجوز
عنده والا فلا والصحيح انه لا يجوز عنده مطلقا
لما ذكرنا قال رحمه الله وان اشترى عدلا على
انه عشرة اثواب فنقص او زاد فسد يعني انه
اذا اشتراه بعشرة دنانير مثلا ولم يبين ثمن كل
ثوب منها اذا وجده ناقصا او زايدا فسد البيع
لجهالة المبيع في الزيادة لانه يحتاج ان يرد الثوب
الزايد فيتنازعان في المردود ولجهالة الثمن
في فصل النقصان لانه يحتاج ان يسقط حصة الثمن
المعدوم وهو مجهول فيؤدي الى النزاع قال ولو
بين ثمن كل ثوب ونقص صح بقدره وخير وان
زاد فسد لانه اذا كان زايدا تبقى الجهالة في المردود
فيؤدي الى المنازعة وفي فصل النقصان ثمن كل
واحد من الثياب معلوم فالموجود يصح فيه البيع
ويبطل في المعدوم وعن ابي حنيفة رحمه الله انه
يفسد في فصل النقصان ايضا لانه جمع بين معدوم

وموجود

وموجود في صفقة واحدة فصار قبول العقد
في المعدوم شرطا لقبوله في الموجود فكان فاسدا
كما لو جمع بين حر وعبد وبين ثمن كل واحد منهما
او باع ثوبين على انهما هرويان وبين ثمن كل
واحد منهما فاذا احدهما مروي فان العقد عنده
فاسد في الصورتين فكذا هذا وعندهما
جايز فكذا هذا [redacted] البيع ينعقد بتفصيل بناء على ان صح
الثمن عندهما وعنده ينعقد بلفظة البيع ه
والصحيح انه يجوز في فصل النقصان لانه لم يجعل
قبول العقد في المعدوم شرطا لقبوله في الموجود
بل قصد بيع الموجود الا انه غلط في العدد بخلاف
المستشهد به فانه قصد الايجاب فيهما فجعل
قبول العقد في كل واحد منهما شرطا لقبوله في الاخر
وهو شرط فاسد يحققه ان الشيئين الموصوفين
بوصف اذا دخلا في عقد واحد كان قبول كل
واحد منهما شرطا لصحة العقد في الاخر بذلك
الوصف اذ ليس للمشتري ان يقبل العقد في احدهما
دون الاخر فاذا انعدم ذلك الوصف في احدهما
كان ذلك شرطا فاسدا في الاخر فبالنظر الى
وجود ذلك الشيء كان شرطا وبالنظر الى انعدام
ذلك الوصف كان فاسدا واما اذا كان احدهما
معدوما بذاته ووصفه لم يكن داخلا في العقد
حتى يكون قبوله شرطا لصحة العقد في الاخر

لانه معدوم فلا يتصور فيه القبول بل هو غلط محض

قال ومن اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم اخذه بعشرة في عشرة ونصف بلا خيار وبتسعة في تسعة ونصف بخيار

ای فصوبه عشرة ونصف

معناه اذا اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصفا او تسعة ونصف ياخذه في الوجه الاول بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني ياخذه بتسعة ان شا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ياخذه في الاول باحد عشر وفي الوجه الثاني ياخذه بعشرة ويخير في الوجهين وقال محمد رحمه الله ياخذه في الاول بعشرة ونصف وفي الوجه الثاني بتسعة الانصف ويخير فيهما لانه لما سمى لكل ذراع ثمنا على حدة التحق بالقدر وهي ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة النصف بالنصف كالكيل واما يخير لانه في الوجه الاول ازداد عليه الثمن بزيادة نصف ذراع وفي الوجه الثاني انتقص الثوب عما شرط فيخير كي لا يتضرر ولابي يوسف رحمه الله انه لما قابل كل ذراع بدرهم صار كل ذراع كثوب على حدة بيع على انه ذراع بدرهم فاذا وجده ناقصا لا يسقط شي من الثمن لما ذكرنا انه وصف وتغير الاوصاف لا يوجب سقوط شي من الثمن ثم يخير فيهما لانه ازداد الثمن عليه فيما اذا وجده

زايدا

زايدا او انتقص المبيع في الاخر فلم يتم رضاه به ولابي حنيفة رحمه الله ان الذراع فيه وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع وبكونه مقابلا بالدرهم فعند عدمهما عاد الحكم الى الاصل ثم لا يخير في فصل الزيادة لانه بمخالفة الى خير وفي النقصان يخير لفوات الوصف المرغوب فيه قيل هذا الاختلاف في ثياب يضره القطع او يتفاوت جوانبه كالعمايم والقمصان والاقبية واما الثياب التي لا تتفاوت جوانبها كالكرابيس ونحوها فلا تسلم له الزيادة لانه اذا كان بهذه الصفة فهو بمنزلة المكيل والموزون وعلى هذا يجوز بيع ذراع منه كبيع قفيز من صبرة اذ لا يضره التبعيض فصل يدخل البناء والمفاتيح في بيع الدار والشجر في بيع الارض بلا ذكر لان اسم الدار للعرصة في الاصل وفي العرف يتناول البنا تبعا لكونه متصلا بها اتصال قرار وكذا الشجر متصل بالارض للقرار فيدخل في بيعها تبعا لها واختلفوا في شجر غير مثمر وفي شجر صغير

شاب ان لا يثمر مثل الطرفا

قيل لا يدخلان لان غير المثمرة تقطع للحطب والخشب ليبنى عليها والصغيرة تنقل من مكانها فصار كالزرع وقيل يدخل بلا خلاف فيه لان لهما نهاية يتهيا لها بحد معلوم بخلاف الزرع والمراد بالمفاتيح اذا كان غلقها متصلا بالدار مركبا فيها مثل الكيلون والضبة

قوله يدخل بدون ذكر البناء والمفاتيح
اي بدون ذكرها لاتصالها اتصال قرار سواء كان
لا ينتفع بالمبيع الا به كالسلم للدار او لا
كالشجر او لم ينتفع ولكن لا ينتفع الا به كالمفتاح
اولا ولكن ولا العرف يدخل كالكتاب
العبد وهذا عنده عدم التنصيص
ورا عنده في صورتين مطلقا كما

لانها تدخل في البيع حينئذ تبعا لها فتدخل المفاتيح
تبعا للاغلاق اذ لا ينتفع بكل واحد منهما بدون
الاخر وان لم يكن الغلق مركبا فيها كالقفل لا يدخل
الغلق لعدم الاتصال ولا المفتاح لانه في القياس
لا يدخل اصلا الا انا استحسنا ذلك فيما اذا دخل
الغلق تبعا فان السرير دخل بقي على اصل القياس
منعو الاستحسان
ثم الاصل في جنس هذه المسايل ان الشي اذا كان
متصلا بالمبيع اتصال قرار دخل في البيع تبعا
والا فلا الا اذا جرى العرف بالدخول فيه كالمفتاح
والسلم المتصل بالبنا يدخل ولو كان من خشب
وغير المتصل لا يدخل والسرير كالسلم هكذا ذكره
في الكافي وهذا في عرفهم وفي عرف اهل
مصر ينبغي ان يدخل السلم وان كان منفصلا
والظلة لا تدخل في بيع الدار عند ابي حنيفة
رحمه الله وعندهما تدخل اذا كان مفتحها من
داخل وثياب الغلام والجارية تدخل في البيع
بغير شرط للعرف الا ان تكون ثيابا مرتفعة
التي للعرض فلا تدخل الا بالشرط لعدم العرف
اذ العرف في ثياب البذلة والمهنة ثم البايع
بالخيار ان شا اعطى الذي عليه وان شا اعطى غيره
لان الداخل بحكم العرف كسوة مثلها لا بعينها
ولهذا لم يكن لها حصة من الثمن حتى لو استحق ثوب
منها لا يرجع على البايع بشي وكذا اذا وجد بها عيب

ليس

ليس له ان يردها ولو وجد بالجارية عيبا كان له
ان يردها بدون تلك الثياب وخطام البعير والحبل
المشدود في عنق الحمار والعذار والبردعة والاكاف
يدخل للعرف بخلاف سرج الدابة ولجامها والحبل
المشدود على قرن البقر والجل حيث لا يدخل
الا بالشرط لعدم العرف الا ان يكون العرف
بخلافه وفصيل الناقة وفلو الرمكة وجحش الاتان
والعجول والحملان ذهب به مع الام الى موضع
البيع دخل فيه العرف والا فلا **قال ولا يدخل
الزرع في بيع الارض بلا تسمية ولا الثمر في
بيع الشجر الا بالشرط** لانهما متصلان بهما للفصل
فصار كالمتاع الموضوع فيهما وقال عليه الصلاة
والسلام من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبايع
الا ان يشترطها المبتاع رواه ابو داود وغيره
ولا يلزم عليه الحمل حيث يدخل في البيع تبعا وان
كان للفصل لانه جزء الجارية فيكون تبعا لها ولانه
لا يقدر على فصله الا الله تعالى فلا يعتبر منفصلا
في ثاني الحال مع وجود الجزئية في الحال **قال
ويقال للبايع اقطعها وسلم المبيع** لان ملك
المشتري مشغول بملك البايع فكان عليه تفريغه
وتسليمه كما اذا كان فيه متاع موضوع وقال
الشافعي يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد
الزرع لان الواجب هو التسليم المعتاد وفي العادة

ان لاينقطع كذلك وصار كما اذا انقضت مدة
الاجارة وفي الارض زرع والحجة عليه ما بينا
وفي الاجارة التسليم واجب ايضا حتى يترك
باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض وانما
لايقلع فيها لان الاجارة للانتفاع وذلك بالترك
دون القلع بخلاف الشرا لانه لملك الرقبة
فلايراعى فيه امكان الانتفاع الا ترى انه
لو اشترى ارضا لايكون له الطريق الا بالشرط
وفي الاجارة يدخل من غير شرط لما ذكرنا ولا
فرق بين ما اذا كان للثمر وللزرع قيمة او لم
يكن لها قيمة في الصحيح ويكون في الحالين للبايع
لان بيعها منفردا يجوز في الحالين في الاصح
فكذا لايدخلان في بيع الارض والشجر تبعا
واما اذا بذر في الارض ولم ينبت حتى باع
الارض فلا يدخل لانه مودع فيها فصار كالمتاع
الموضوع ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق
والمرافق لانهما ليسا منها ولو قال بعتكها
بكل قليل وكثير هو له فيها او منها من حقوقها
او من مرافقها لايدخل لما قلنا وان لم يقل من
حقوقها او من مرافقها دخلا فيه لانهما من
الذي له فيها او منها للاتصال في الحال بخلاف
الثمر المجذوذ او الزرع المحصود حيث لايدخل
الا بالتنصيص عليه للانفصال في الحال وورق

التوت

التوت والآس والزعفران والورد بمنزلة الثمار
في كل ما ذكرنا من الاحكام واشجارها بمنزلة النخل
وعكس الثمار في الحكم الشرب والطريق فكل
موضع يدخل فيه الثمار والزرع لايدخل فيه
الطريق والشرب وكل موضع لايدخلان فيه
يدخل فيه الشرب والطريق لان الشرب
والطريق ليسا منها ولانهما لكنهما من حقوقها
والثمر والزرع موجودان فيها وهما منها وليسا
من حقوقها فتعاكسا قال **ومن باع ثمرة** في الارض **قد**
بدا صلاحها اولا صح لانه مال متقوم منتفع
به في الحال او في المال وقيل لايجوز قبل
ان يصير منتفعا به والاول اصح وعلى هذا
الخلاف بيع الزرع قبل ان تناوله المشافر
والمناجل والاصح الجواز لانه منتفع به في
المال فصار كالاطفال والجحش قال رحمه الله
ويقطعها المشتري في الحال تفريغا لملك البايع
هذا اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع قال
وان شرط تركها على النخيل فسد اي البيع لانه
شرط لايقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير
او نقول انه صفقة في صفقة لانه اجارة في بيع
ان كانت للمنفعة حصة من الثمن او اعارة في بيع
ان لم يكن لها حصة من الثمن وقد نهى رسول
الله صلى الله عليه وسلم عن صفقة في صفقة

وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما بينا وكذا
اذا تناهى عظمها عندهما لانه شرط
لا يقتضيه العقد وقال محمد رحمه الله لا يفسد
استحسانا للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه
عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو
ما يزداد بمعنى في الارض والشجر ولو
اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب
الفضل وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد
في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها
بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشيء لان هذا
تغير احوال فان الشمس تنضجه وياخذ
اللون من القمر والطعم من الكواكب بتقدير
الله تعالى وان اشتراها مطلقا ثم استاجر
النخيل الى وقت الادراك وتركها طاب له
الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف
والحاجة فبقي الاذن معتبرا بمجرده ثم اذا بخلاف م
اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان
يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل وهو
ما زاد على الثمن وعلى ما غرم من اجر المثل
لان الاجارة فاسدة للجهالة فاورثت خبثا
ولو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا اخر قبل
القبض فسد البيع لعجزه عن التسليم ولو
اثمر بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط

والقول قول المشتري في مقداره لانه في يده
وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص ان
يشتري الاصول لتحصل الزيادة في ملكه
ثم يبيع الاصول بعد قضاء حاجته من البائع
ان شاء وقيل المخلص فيه ان يشتري الثمار
الموجودة والمعدومة فانه جائز عند
بعضهم اذا كان الموجود اكثر ثم حاصله
ان لهذه المسالة ثلاث صور احدها اذا
خرج الثمار كله فانه يجوز بيعه بالاتفاق
وحكمه ما مضى وثانيها ان لا يخرج شيء منه
فانه لا يجوز بيعه اتفاقا وثالثها ان يخرج
بعضها دون بعض فانه لا يجوز في ظاهر
المذهب وقيل يجوز اذا كان الخارج اكثره
ويجعل المعدوم تبعا للموجود استحسانا لتعامل
الناس وللضرورة وكان شمس الائمة الحلواني
وابو بكر محمد بن الفضل البخاري يفتيان
به وقال شمس الائمة السرخسي والاصح انه
لا يجوز لان المصير الى مثل هذه الطريقة عند
تحقق الضرورة ولا ضرورة هنا لانه
يمكنه ان يبيع الاصول على ما بينا ويشتري
الموجود ببعض الثمن ويؤخر العقد في الباقي
الى وقت وجوده او يشتري الموجود
بجميع الثمن ويبيح له الانتفاع بما يحدث منه

نجعل مقصودهما بهذا الطريق فلا ضرورة
الى تجويز العقد في المعدوم مضادا ما للنص وهو ما روي
انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس
عنده الانسان ورخص في السلم قال
ولو استثنى منها ارطالا معلومة صح كبيع بر في سنبله وباقلاء في قشره
اي لو استثنى من الثمار المبيعة المجذوذة او غير المجذوذة جاز
البيع كما يجوز بيع البر في سنبله والباقلا في قشره
اما الاول فلان المبيع صار معلوما بالاشارة
والمستثنى معلوم بالعبارة فوجب القول بجوازه
وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه
لا يجوز لان الباقي بعد الاستثنا مجهول وربما
لا يبقى بعده شي فيخلو عن الفايدة او يكون
رجوعا عن العقد قبل القبول فيصح رجوعه
على ما بينا بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا
لان الباقي معلوم بالمشاهدة قلنا هذه
الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان المبيع معلوم
بالاشارة وجهالة قدره لا تمنع جواز البيع في
الثمار الثنية لما بينا من قبل الا ترى ان بيعه له
مجازفة جايز وان كان مجهول القدر وهذا امر
بعينه لانه جزاف فيما بقي بعد الثنيي ولان
كلما جاز ايراد العقد بانفراده جاز استثناؤه
من العقد وما لا فلا وبيع ارطال معلومة
من الثمار جايز فكذا استثناوها ونظيره بيع

شاة

شاة معينة من القطيع فانه يجوز فكذا استثناؤها
ولو كانت مجهولة بان باع شاة منها بغير عينها
لا يجوز فكذا استثناوها وعلى هذا اطراف
الحيوان واوصاف المبيع وقوله ربما لا يبقى
بعده شي الى اخره قلنا الاستثنا تصرف
لفظي فيعتبر فيه صحة الكلام فاذا صح تم الكلام
وصار مفيدا ولا يكون رجوعا ولو خرج الكل
بذلك الطريق لانه يتوهم البقا الا ترى انه
لو قال نسائي طوالق الا فلانة وفلانة
او قال عبيدي احرار الا فلانا وفلانا حتى
اخرج الكل بهذا الطريق صح ولا يكون رجوعا
وانما يكون رجوعا اذا كان بلفظه بان قال
عبيدي احرار الا عبيدي او نسائي طوالق
الا نسائي حتى لا يصح هذا الكلام ويلغو ويقع
الطلاق والعتاق على الجميع فكذا هنا لا يكون
رجوعا الا اذا قال بعتك هذه الثمار
الا هذه الثمار واما الثاني وهو ما اذا باع
برا في سنبله الى اخره فلانه مال متقوم منتفع
به فيجوز بيعه في قشره كالشعير وقال الشافعي
رحمه الله لا يجوز لان المعقود عليه مستور
غايب عن البصر ولا يعلم وجوده فلا يجوز بيعه
كبزر البطيخ وحب القطن واللبن في الضرع والزيت
قبل الاستخراج قلنا الفرق بينهما ان الغالب

في السنبلة الحنطة الا ترى انه يقال هذه حنطة وهي في سنبلها ولا يقال هذا حب ولا هذا لبن ولا زيت ولا قطن وعلى هذا الخلاف الفستق والبندق والجوز والحمص الاخضر وساير الحبوب المغلفة وما رواه مسلم واحمد وغيرهما انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع النخل حتى يزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض ويامن العاهة المراد به السلم يعني لا يجوز الاسلام فيه حتى يوجد بين الناس الا ترى الى ما رواه مسلم والبخاري باسناده عن النبي صلى الله عليه وسلم اذا منع الله الثمرة فبم يستحل مال اخيك فيكون حجة لنا في اشتراط وجود المسلم فيه من حين العقد الى حين المحل ولو اجري على اطلاقه كان حجة لنا ايضا في هذا الموضع لانه يقتضي جواز بيعه بعد ما ابيض مطلقا من غير قيد بالفرك ولو كان كما قاله لقال حتى يفرك قال واجرة الكيل على البايع مراده فيما اذا بيع مكايلة وكذا اجرة وزن المبيع وذرعه وعده على البايع لان الكيل والوزن والذرع والعد فيما بيع مكايلة وموازنة او مذارعة او معادة من تمام التسليم وتسليم المبيع على البايع فكذا تمامه قال واجرة الثمن ووزنه على المشتري لما ذكرنا ان الوزن من تمام التسليم وتسليم

الثمن

الثمن على المشتري فكذا ما يكون من تمامه وكذا يجب عليه تسليم الجيد لان حق البايع تعلق به فيكون اجرة من يميز ذلك عليه اذ هو المحتاج اليه وهذه رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله وفي رواية ابن رستم عنه اجرة نقد الثمن على البايع لان النقد يكون بعد التسليم والوزن ليعرف المعيب من غيره فكان هو المحتاج اليه فيكون اجرته عليه وبالاول كان يفتي الصدر الشهيد رحمه الله وروي عن محمد ان اجرة النقد على رب الدين بعد القبض وقبله على المديون لان على المديون ايفاء حقه فيكون اجرة التمييز عليه وبعد القبض داخل في ضمان رب الدين ~~بعد القبض وقبله~~ ويدعي انه خلاف حقه فيكون تمييزه عليه قال ومن باع سلعة بثمن سلمه اولا اي سلم الثمن اولا لان العقد يقتضي المساواة وحق المشتري قد تعين في المبيع فيسلم هو الثمن اولا ليتعين حق البايع فيه كما تعين حقه في المبيع اذ الثمن لا يتعين الا بالقبض وصورة هذا ان يقال للبايع احضر المبيع ليعلم انه قايم فاذا احضر قيل للمشتري سلم الثمن اولا لما ذكرنا وان كان المبيع غايبا فللمشتري ان يمتنع من تسليم الثمن حتى يحضر البايع المبيع على مثال الراهن مع المرتهن

قال **ولا معًا** اي ان لم تكن سلعة بثمن ولا معا
لاستوائهما في التعين او في عدم التعين وذلك لانه
اما ثمن بثمن او سلعة بسلعة فالاول كلاهما
غير متعين والثاني متعين

باب خيار الشرط

قال رحمه الله **صح للمتبايعين
او لاحدهما ثلاثة ايام او اقل** اي جاز خيار
الشرط لهما جملة او لاحدهما ثلاثة ايام فما
دونه لقوله عليه الصلاة والسلام لحبان
ابن منقذ الانصاري وكان يغبن في البياعات
اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام
قال **ولو اكثر لا** اي لو شرطا اكثر من ثلاثة
ايام لا يجوز وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وبه
قال زفر والشافعي رحمهما الله وقالا يجوز اذا
سمى مدة معلومة لما روي عن ابن عمر رضي
الله عنهما انه اجاز الخيار الى شهرين ولان
الخيار شرع للتروي لدفع الغبن وقد تمس
الحاجة الى الاكثر فشابه التاجيل في الثمن
ولابي حنيفة رضي الله عنه ان شرط الخيار
مخالف لمقتضى العقد وهو اللزوم وانما جوزناه
بخلاف القياس بما رويناه من النص فيقتصر
على مورد النص فينتفي الزيادة بخلاف اشتراط
الاجل لانه للقدرة على التحصيل وذلك بتطاول
المدة وحديث ابن عمر ليس بنص فيه فانه روي

انه اجاز الخيار الى شهر فيحتمل ان يكون خيار
الرؤية او العيب فاذا انتفت الزيادة فسد
العقد بها قال **فان اجاز في الثلاث جاز
خلافا لزفر رحمه الله** هو يقول انعقد فاسدا
فلا يعود صحيحا كالنكاح بغير شهود ولنا ان
المفسد قد زال قبل تقرره فينقلب صحيحا كما في
البيع بالرقم واعلمه في المجلس وهذا عند مشايخ
اهل العراق من اصحابنا فان عندهم ينعقد
فاسدا ويرتفع الفساد بحذف الشرط ولان
المفسد اتصال اليوم الرابع بهذه المدة
فاذا حذفه قبل اليوم الرابع فقد منع اتصال
المفسد بالعقد فصار كان الخيار لم يكن مشروطا
في اليوم الرابع وهذا عند مشايخ اهل خراسان
فعندهم العقد موقوف على اسقاط الشرط
فبمضي جزء من اليوم الرابع فسد العقد فلا ينقلب
صحيحا بخلاف فساد النكاح لعدم الاشهاد
لان الفساد فيه لعدم شرط الجواز فلا يمكن
ازالته وهذا الوجه اوجه قال **ولو باع على
انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع صح
والى اربعة لا** وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد يجوز الى اربعة ايام واكثر
وقال زفر لا يجوز هذا الشرط اصلا وهو القياس
لانه شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بشرط عدم

النقد ولو شرط فيه الصحيحة منها فسد هذا
اولى وجه الاستحسان انه في معنى شرط
الخيار بل هو عينه لانه يتخير في الايام الثلاثة
بين الفسخ والامضا غير ان ترك النقد جعل
امارة الفسخ والنقد امارة الامضا وهذا الشرط
محتاج اليه لدفع المماطلة كما ان شرط الخيار
محتاج اليه لدفع الغبن غير انه هنا يمضي المدة
مع عدم النقد ينفسخ العقد وفي تلك يتم وذلك
لا يوجب اختلافا في الحكم اذ في كل واحد منهما
فسخ على تقدير واجازة على تقدير والاختلاف
فيما يقع به الفسخ عند ارادة الفسخ ~~والاجازة~~
لا في تفسير الاجازة عند ارادة الاجازة فلا
يعد اختلافا ثم ابو حنيفة ومحمد رحمهما
الله مرا على اصلهما في الزيادة على الثلاثة
الملحق به وهو شرط الخيار على ما بينا وابو
يوسف مع ابي حنيفة في هذا او مع محمد في شرط
الخيار اخذ بالنص في هذا وبالاثر في تلك قال
فان نقد في الثلاث صح يعني فيما اذا شرطها
اكثر من ثلاثة ايام وانما صح لزوال المفسد وهذا
بالاجماع ثم هذه المسالة على وجوه اما ان لا يبينا
الوقت او بينا وقتا مجهولا بان يقول على انه
ان لم ينقده اياما او بينا وقتا معلوما وهو اكثر
من ثلاثة ايام فهو في هذه كلها فاسد الا ان

وبالاجازة قال في الفتح صح

الصور

بيقد

ينقد في الثلاث لما قلنا او بينا وقتا معلوما وهو
ثلاثة ايام او دونها فانه يجوز لما بينا قال
وخيار البايع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام
البيع لا يكون الا بالتراضي ولا يتم الرضى مع الخيار
ولهذا ينفذ عتق البايع ويملك التصرف فيه
دون المشتري وان قبضه باذن البايع قال
رحمه الله ويقبض المشتري يهلك بالقيمة يعني
اذا قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار
كان المشتري يضمن قيمته لان البيع ينفسخ بالهلاك
لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فكان
مقبوضا في يده على سوم الشرا وفيه القيمة
ولو هلك في يد البايع انفسخ البيع ولا شي على
البايع كما في البيع الصحيح المطلق ولو تعيب المبيع
في يد المشتري فللبايع ان يلزمه البيع ان شا
وان شا فسخ البيع وضمنه النقصان لان العيب
لا يمنع الفسخ واذا انفسخ العقد كان مضمونا
على المشتري بالقبض بجميع اجزايه كالمغصوب
ولو تعيب في يد البايع فهو على خياره لان ما انتقص
بغير فعله لا يكون مضمونا عليه ويسقط
حصته من الثمن قال وخيار المشتري
لا يمنع ولا يملكه اي لا يمنع خروج المبيع عن ملك
البايع ولا يملكه المشتري لان البيع من جهة البايع
لازم لان الخيار شرع لمن له الخيار فيعمل في حقه

نظرا

ولكن المشتري يتخير ان شاء اخذه بجميع الثمن
وان شاء فسخ كما في البيع المطلق واذا
كان العيب بفعل البايع سقط بنقص
البيع فيه بقدره لان ما يحدث بفعله
يكون مضمونا عليه صح

دون الاخر وانما لم يملكه المشتري كيلا يجتمع البدل
والمبدل في ملك شخص واحد وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا يملكه لانه لو خرج عن ملك البايع
ولم يدخل في ملك المشتري لكان زايلا لا الى
مالك ولا عهد لنا به في الشرع وله ان الثمن لم
يخرج عن ملكه لان الخيار يعمل في حق من له الخيار
ولو دخل في ملكه لدخل بلا عوض واجتمع في ملك
شخص واحد العوض والمعوض ولا عهد لنا به
في الشرع ولان الخيار شرع نظرا له ليتأمل فيه هل
هو موافق ام لا فلو دخل في ملكه يفوت ذلك
فيما اذا اشترى قريبه لانه يعتق عليه فيعود
على موضوعه بالنقض وجاز ان يوجد خروج ملك
بلا دخول في ملك غيره كعبيد الكعبة يخرجون عن
ملك مُلّاكهم ولا يدخلون في ملك احد عند
الشرا للكعبة وكذا التركة المستغرقة بالدين
يخرج عن ملك الميت ولا يدخل في ملك الورثة
ولا يقال على هذا تكون سايبة وهي منهي عنها
لانا نقول الحال موقوف ان اجيز البيع يستند
الى وقت العقد فيتبين انه ملكه من ذلك الوقت
ولهذا كان له الزوايد وان فسخ بان انه غير
زايل عن ملكه فكيف يكون من السايبة مع وجود
سبب الانتقال ومع توقع حكمه قال **وان قبضه**
فهلك بالثمن كتعيبه اي بسبب قبضه يضمن ثمنه

اذا

اذا هلك كما يضمن اذا تعيب والمراد بالعيب عيب
لا يرتفع كقطع اليد وان كان يرتفع كالمرض فهو
على خياره فان ارتفع في المدة لا يلزمه والا
لزمه لانه بدخول العيب فيه عند المشتري
يمتنع الرد على البايع لعجزه عن الرد كما قبضه
والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك بعد ما
انبرم العقد فيلزمه الثمن بخلاف ما اذا كان
الخيار للبايع لانه بدخول العيب فيه لا يمتنع
الرد اذ لا يعجز عن التصرف بحكم الخيار فلا يسقط
خياره وان اشرف على الهلاك فلو لزم البيع
فيه انما يلزم بعد موته وذلك لا يجوز لانه
لم يبق محلا للبيع فكان مضمونا عليه بالقيمة
ضرورة قال **فلو اشترى زوجته بالخيار بقي النكاح** لانه
لم يملكها بهذا لان خيار المشتري يمنع من دخول الشرط
المبيع في ملكه على ما بينا قال **فان وطيها فله ان**
يردها لان الوطي بحكم النكاح لا بحكم ملك اليمين
اذ لا يملكها بهذا الشرا الا اذا انتقصها الوطي لانها
تتعيب به وليس له ان يرد ما عليه بعد ما
تعيبت عنده على ما ذكرنا وهذا عند ابي
حنيفة رحمه الله وعندهما ليس له ان يردها
مطلقا لان النكاح انفسخ لملكه اياها فيكون
الوطي بحكم ملك اليمين فيمتنع الرد كما اذا اشترى
غير زوجته فوطيها وهذه المسالة تظهر فيها

ثمرة الخلاف بينهم ولها نظاير منها عتق العبد
المشترى على المشترى اذا كان قريبا له ومنها
عتقه اذا كان قد حلف بعتقه بان قال ان
ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال ان اشتريته
لانه يصير كالمنشئ في تلك الحالة في حق تصحيح
الجزا لا غير حتى لا يجزيه عن الكفارة اذا نواه
بخلاف شرا القريب على ما عرف في موضعه
ومنها ان الامة المشتراة لو حاضت عند
المشترى بعد القبض لا يجتزا به عن الاستبرا
لعدم الملك عنده وعندهما يجتزى به
لوجوده ولو رجعت الى البايع بالفسخ بحكم الخيار
لا يجب عليه الاستبرا استحسانا كما لو كان البيع
باتا ثم تفاسخا باقالة او غيره فانه يجب عليه
الاستبرا بعد القبض قياسا واستحسانا وقبل
القبض يجب قياسا وفي الاستحسان لا يجب اجماعا
ومنها ما اذا اشترى منكوحته وقد ولدت
منه او حبلى منه لا تصير ام ولد له خلافا لهما وثمرة
الخلاف تظهر ايضا فيما اذا ولدت منه قبل
القبض في يد البايع وان قبضها المشترى فولدت
في مدة الخيار لزم البيع بالاجماع لانها تتعيب
بالولادة ولا يملك ردها بعد التعيب في يده بخلاف
ما اذا ولدت قبل القبض عند ابي حنيفة ونظيره
ما اذا اشترى حبلى من غيره بشرط الخيار فقبضها

فولدت

فولدت عنده يبطل خياره ويلزم البيع لما ذكرنا
ومنها ما اذا قبض المشترى المبيع باذن البايع ثم
اودعه عنده فهلك في يده هلك من مال البايع
عنده لان قبضه يرتفع بالرد لعدم الملك فهلاكه
بعد ذلك في يد البايع ان كان في المدة فهو هلاك
قبل القبض فيكون من ماله كما في البيع البات ه
وعندهما من مال المشترى لصحة الايداع
باعتبار قيام الملك فصار كما اذا كان له خيار
الرؤية او العيب والفرق له انهما لا يمنعان
وقوع الملك للمشترى فيكون الايداع صحيحا
بخلاف خيار الشرط ومنها ما لو كان المشترِي
بالخيار عبدا ماذونا له في التجارة فابراه
البايع عن الثمن في مدة الخيار بقي خياره
عنده لانه لما لم يملكه كان الرد امتناعا عن
التملك والماذون له يملك الرد وان كان فيه
التمليك بغير عوض كما اذا وهب له فان له
ان يمتنع عن القبول وعندهما بطل خياره لانه
لما ملكه كان الرد منه تمليكا بلا عوض وهو
لا يملك ذلك بخلاف الحر فصار كما لو كان له
خيار رؤية او عيب في البيع البات فابراه
البايع عن الثمن فانه لا يملك رده عليه بعد
القبض بالاجماع وجوابه انهما لا يمنعان
الوقوع في الملك على ما بينا وذكر في المحيط

وقبل الملك وان كان بعد مضيها فهو هلاك قبل القبض صح

بكسر الرا

انه لا يملك الابرا عن الثمن عند ابي يوسف
رحمه الله لانه لم يملكه لان خيار المشترى
يمنع خروج الثمن عن ملكه وهو القياس
ووجه الاستحسان انه ابرا بعد وجود
سببه فيصح ومنها ما لو اشترى ذمي من
ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم المشترى
في مدة الخيار بطل الخيار عندهما لانه
ملكها فلا يملك تمليكها بالرد وهو مسلم وعنده
يبطل البيع لانه لم يملكها فلا يملكها باسقاط
الخيار وهو مسلم ولو اسلم البايع والخيار
للمشترى بقي على خياره بالاجماع ولو ردها
المشترى عادت الى ملك البايع لان العقد
من جانب البايع بات فان اجازه صار
له وان فسخ صار الخمر للبايع والمسلم من
اهل ان يملك الخمر حكما كما في الارث
ولو كان الخيار للبايع فاسلم هو بطل البيع
لان المبيع لم يخرج عن ملكه والمسلم من اهل
~~ان يملك الخمر حكما كما في الارث ولو كان~~
~~الخيار للبايع فاسلم هو بطل البيع لان المبيع~~
~~لم يخرج عن ملكه والمسلم~~ لا يقدر ان يملك
الخمر ولو اسلم المشترى لا يبطل العقد
والبايع على خياره لان العقد من جهة المشترى
بات فان اجاز العقد صار له لان المسلم

من

من اهل ان يملك الخمر حكما وان فسخه كان
للبايع وهذا كله فيما اذا اسلم احدهما
بعد القبض والخيار لاحدهما وان اسلم
قبل القبض بطل البيع في الصور كلها سوا كان
البيع باتا او بشرط الخيار لاحدهما او لهما
لان للقبض شبها بالعقد من حيث انه يفيد
ملك التصرف فلا يملكه بعد الاسلام وان
اسلم احدهما او كلاهما بعد القبض وكان
البيع باتا لا يبطل لانه قد تم بالقبض بخلاف
ما اذا كان بشرط الخيار على ما مر ومنها مسلم
اشترى من مسلم عصيرا بشرط الخيار فتخمر
العصير في المدة فسد البيع عنده وعندهما
تم ومنها حلال اشترى صيدا بشرط
الخيار فقبضه ثم احرم والصيد في يده
ينتقض البيع ويرده الى البايع عنده
وقالا يلزم المشترى ولو كان الخيار للبايع
ينتقض في قولهم جميعا وان كان الخيار
للمشترى فاحرم البايع فللمشترى ان يرده
ومنها ما لو اشترى دارا هو ساكنها باجارة
او عارية فاستدام السكنى بعد الشرا لا
يكون اختيارا عنده وعندهما يكون اختيارا
لانه ملك العين فكان سكناه بحكم ملك العين
وقال السرخسي رحمه الله ابتدا السكنى اختيار

لان الدار لا تتغير بالسكنى بخلاف الاستمرار
قال فان اجاز من له الخيار بغيبة
صاحبه صح ولو فسخ لا وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف له ان يفسخ ايضا ن
مع غيبة صاحبه لان الشرط كان لهما عدة
فصار مسلطا له على الفسخ فلا يتوقف
على علمه كالفسخ بالفعل مثل اعتاق من له
الخيار او بيعه او وطيه او تقبيله بشهوة
وكالاجازة فان علم الاخر لا يشترط فيها
ولهذا لا يشترط رضاه فصار كالوكيل بالبيع
ولهما انه بالفسخ يلزم صاحبه الضرر اذ لا يتمكن
من العمل بموجب الفسخ من غير علم كالامتناع
من التصرف والوطي والاستخدام بل يقدم
على هذه التصرفات اعتمادا على ما سبق من
البيع فيلزمه الغرامة وكذا لا يطلب لسلعته
مشتريا لما قلنا فلا بد من علمه دفعا للضرر عنه
كعزل الوكيل وحجر العبد المأذون له عن التصرف
وفراق الشريك ونهي المضارب عن التصرف
بخلاف الاجازة لانه لا ضرر فيها على صاحبه
اذ هو موافق له فيها وبخلاف الفسخ بالفعل
لانه حكمي ولا يشترط العلم في الحكمي كعزل
الوكيل والمضارب والشريك وحجر العبد
المأذون له في التجارة حكما بارتداده

ولحاقه

ولحاقه بدار الحرب مرتدا او جنونه مطبقا
ولا نسلم انه مسلط على الفسخ من جهة
صاحبه وكيف يسلطه عليه وهو بنفسه
لا يملك الفسخ وانما يفسخ لكون العقد غير
لازم في حقه لا بتسليط منه فيشترط علمه
بخلاف الوكيل حيث يجوز له التصرف من غير
علم الموكل لانه مسلط من جهته وكذا المضارب
ولو فسخ حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة
صح ولو مضت المدة قبل العلم به تم العقد
ولزم والحيلة فيه ان يأخذ منه وكيلا حتى
اذا بدا له الفسخ رده عليه وقال بعضهم
انه لو رفع الامر الى الحاكم واعلمه بذلك ٥
ونصب من يخاصم عنه صح الرد عليه وذكر
الكرخي ان خيار الرؤية على هذا الخلاف
وفي خيار العيب لا يصح فسخه بغير علمه
بالاجماع لانه لا يثبت الا بالقضا قال
وتم العقد بموته ومضي المدة والاعتاق
وتوابعه والاخذ بشفعة يعني يتم العقد
بواحد من الجملة اما الاول وهو موت من له الخيار
فلان الخيار بموته يبطل ولا ينتقل الى الورثة
عندنا وقال الشافعي يورث عنه لانه حق
لازم ثابت عنه في البيع فيجري فيه الارث
كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار صفة

الا ولو ان يقال يبطل العقد

للميت فلا ينتقل عنه كسائر اوصافه وانما قلنا
انه صفة له لانه ليس هو الا مشيئة وارادة
فصار كخيار المجلس عنده بخلاف خيار العيب
لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث
لا انه ورث خياره وهذا لانه بالعيب فات
الجزء السليم فللمورث ان يطالب بذلك الجزء
فيقوم الوارث مقامه فيه ولهذا يثبت له
الخيار فيما تعيب في يد البائع بعد موت المورث
وان لم يثبت للمورث وخيار التعيين يثبت
للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لان
الخيار يورث فاذا ابطل الخيار لزم البيع وتم
واما الثاني وهو ما اذا مضت مدة الخيار
فلانه بمضيها يبطل خياره اذ لم يثبت له الخيار
الا في تلك المدة كالمخيرة في وقت مقدر
لم يبق لها الخيار بعد مضيه ومن ضرورة
بطلان الخيار تمام العقد ولزومه لزوال
المانع واما الثالث وهو الاعتاق وتوابعه
فلان هذه التصرفات دليل الاستبقاء لانها
تعتمد الملك والمراد بتوابع العتق التدبير
والكتابة وكذلك كل تصرف لا يحل الا في الملك
كالوطي والتقبيل واللمس بشهوة يتم به البيع وكذا
كل تصرف لا ينفذ الا في الملك كالبيع
والاجارة وهذا كله اذا كان الخيار للمشتري

ووجد منه شي من هذه الاشيا وان كان الخيار
للبائع وفعل شيا من هذه الاشيا في المدة انفسخ
البيع لما ذكرنا انه دليل الاستبقا ولو كان الفعل
في غير الملك لا يتم به البيع كالاستخدام والركوب
ونحو ذلك لانه يفعل للامتحان والتجربة فلا يكون
دليل الاستبقا واما الرابع وهو الاخذ بالشفعة
وصورته ان يشتري دارا بشرط الخيار ثم تباع
دار اخرى بجنبها فياخذها المشتري بشرط
الخيار بالشفعة فلان الاخذ بها لا يكون الا بالملك
فكان دليل الاجازة وهذا لان الشفعة شرعت
نظرا للملاك لدفع ضرر يلزمهم على الدوام فكان
اخذه بها دليل الاستبقا فيتضمن سقوط الخيار
سابقا عليه فيثبت له الملك فيها من وقت الشرا
فيظهر ان الجوار كان سابقا ولانه احق الناس
بالتصرف فيها فكان اولى بالشفعة وان لم
يملكها كالمكاتب والعبد الماذون له في التجارة
وهذا التقدير يحتاج اليه لابي حنيفة واما على
قولهما فان المشتري بالخيار يملك الدار فلا يحتاج
الى هذا التقدير لثبوت الملك وانما يحتاج اليه
لسقوط الخيار لا غير وهذا لان خياره يسقط
به اجماعا بخلاف خيار الروية حيث لا يسقط باخذ
الشفعة فيما اذا بيعت دار بجنبها فاخذها بها لانه
لا يسقط بالصريح فكذا بالدلالة قال ولو شرط

المشتري الخيار لغيره صح وايهما اجاز او نقض صح اي
اجاز المشتري او من شرط له الخيار او نقضه
جاز وقال زفر رحمه الله لا يجوز اشتراط
الخيار لغير العاقد وهو القياس لان الخيار
من مواجب العقد ومن احكامه فلا يجوز اشتراطه
لغير العاقد كاشتراط الثمن على غيره وهذا لان
اشتراط ما لا يقتضيه العقد مفسد وفيه ذلك
فيفسد ولنا ان اشتراط الخيار لغير العاقد
اشتراط للعاقد لانه لا وجه لاثبات الخيار لغير
العاقد بطريق الاصالة ويمكن اثباته بطريق
النيابة عن العاقد فيجعل كانه شرط الخيار
لنفسه وجعل الاجنبي نائبا عن نفسه اقتضاء
تصحيحا لتصرفه وزفر رحمه الله لا يقول
بالاقتضا ولا بالاستحسان فاذا كان نائبا
عنه يكون لكل واحد منهما الخيار فايهما اجاز
او نقض صح لان كل واحد منهما ملك التصرف
اصالة او نيابة قال فان اجاز احدهما ونقض
الاخر فالاسبق احق لوجوده في زمان لا يزاحمه
فيه احد وتصرف الاخر بعده يلغو لان السابق
ان كان فسخا فالمفسوخ لا يلحقه الاجازة وان كان
اجازة فقد انبرم العقد وبعد انبرامه لا ينفرد
احد المتعاقدين بفسخه قال وان كانا معا
فالفسخ اي لو فسخ احدهما واجاز الاخر وخرج

الكلامان

الكلامان منهما معا كان الفسخ اولى من الاجازة
من ايهما كان وهو رواية كتاب الماذون من
المبسوط وفي رواية كتاب البيوع منه تصرف
المالك اولى فسخا كان او اجازة لان الاصيل
اقوى اذ النائب يستفيد الولاية منه فلا
يصلح ان يكون معارضا للاصيل ولانه لما
اقدم على التصرف كان عزلا له منه بالفعل
حكما وهو يملك ذلك صريحا بالقول فكذا دلالة
بالفعل وهذا لان تصرف النائب انما جاز
للحاجة ولا حاجة عند مباشرة التصرف بنفسه
فيلغو بخلاف ما اذا وكله ان يطلق امراته
البتة فطلقها الوكيل والموكل حيث يقع عليها
(اي الثلاثة)
طلاق احدهما غير عين ولا ابتة من تصرف الموكل لان
الوكيل في باب الطلاق سفير ومعبر فكان
الموجود من الوكيل منسوبا اليه ولهذا يحنث
في يمينه ان لا يطلق فكان الصادر عن الوكيل
صادرا عن الموكل بخلاف الوكيل في البيع على
ما عرف في موضعه وجه الاول وهو الاصح
ان المعارضة من جهة التصرف متحققة
لان كل واحد منهما مالك للتصرف وتعذر
العمل بهما للاستحالة فوجب الترجيح بحال
التصرف والفسخ اقوى لانه يرد على الجائز دون
العكس فكان اولى بالاعتبار كنكاح الحرة

والامة اذا وجدا معا ينعقد نكاح الحرة لانه اقوى
لو روده على نكاح الامة دون العكس ولا يقال
المفسوخ يجعله المجاز الا ترى انه لو كان الخيار
لاحدهما وفسخ بحضرة صاحبه ثم هلك المبيع
في يد المشتري قبل التسليم الى البايع عاد الحال
على ما كان حتى يجب عليه الثمن ان كان للمشتري
والقيمة ان كان الخيار للبايع كما اذا هلك
في يده قبل الفسخ لانا نقول هذا لا يلزمنا
لان كلامنا في اجازة ترد على المفسوخ ولا اجازة
هنا فلا يرد علينا وقيل ما ذكر في المأذون
قول ابي يوسف لانه لا يتقدم تصرف المالك
بل يستويان عنده وما ذكره في البيوع قول
محمد لانه يتقدم تصرف المالك على تصرف النايب
عنده واستخرج ذلك مما اذا باع الوكيل من شخص
وباع الموكل من غيره فعند محمد رحمه الله يملكه
المشتري من المالك تقديما لتصرف المالك وعند
ابي يوسف رحمه الله يستويان فيكون بين
المشتريين نصفين لاستواء التصرف في عدم
تقديم المتصرف بالملك عنده ويثبت لكل
واحد منهما الخيار لتفرق الصفقة عليهما
قال ولو باع عبدين على انه بالخيار في احدهما
ان فصل وعين صح والا فلا اي صح ان فصل ثمن كل
واحد منهما وعين الذي فيه الخيار لان الذي

فيه

فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار
لا ينعقد في حق الحكم فكان الداخل في العقد
غيره فاذا لم يتعين ذلك الداخل معلوما وثمنه معلوما
لا يجوز اذ جهالة المبيع والثمن مفسدة للعقد
ولن يكونا معلومين الا بالتفصيل والتعيين
وهذه المسالة على اربعة اوجه احدها ان
يفصل الثمن ويبين الذي فيه الخيار والثاني
ان لا يبين واحدا منهما والثالث ان يبين الثمن
دون الاخر والرابع بالعكس فالعقد فاسد
في الكل اما لجهالة الثمن او لجهالة المبيع او لجهالتهما
الا في الاول لانتفاء الجهالة عنهما فان قيل
لا يخلوا اما ان يجعل المستثنى ~~اي الذي فيه بالاستثنا~~ داخلا في العقد
او لا فان جعلته داخلا فيه ~~ای الخيار~~ وجب ان يجوز وان
لم يبين ولم يفصل اذ ليس بيان كل جزء من اجزاء
المبيع ولا بيان ثمنه شرطا لجواز البيع وان
جعلته غير داخل فيه يجب ان لا يجوز وان
بين وفصل لانك جعلت قبول العقد في غير المبيع
شرطا لصحة العقد في المبيع وهو فاسد كالوجمع
بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة فانه لا يجوز
وان بينهما قلنا هو داخل صيغة وحكما اذ لم
يوجد في حقهما ما يمنع من ذلك ولهذا لو حكم الحاكم
بجوازه في بيعهما صح وفيما فيه الخيار يمنع انعقاده
في حق الحكم اصلا وعند بعضهم لا يجوز حتى يبين

غير داخل حكما فاذا كان داخلا من وجه
دون وجه ينظر فان كان معلوما اعتبر انه
داخل فيجوز والا فغير داخل فلا يجوز بخلاف
بيع المدبر مع القن حيث يجوز عند بعضهم
وان لم يبين الثمن لانهما داخلان صيغة
صح

الثمن فعلى هذا لا فرق بينهما ولو اشترى كيليا
او وزنيا او عبدا واحدا على انه بالخيار في نصفه
جاز فصّل الثمن او لم يفصّل لان النصف من الشئ
الواحد لا يتفاوت ولا فرق بين ان يكون
الخيار للبايع او للمشترى قال **وصح خيار**
التعيين فيما دون الاربعة وهو ان يبيع احد
العبدين او الثوبين على ان ياخذ ايهما شاء او
يبيع احد الثلاثة على ان ياخذ ايها شاء ولا يجوز
ذلك في الاربعة وهذا استحسان وقال زفر
والشافعي لا يجوز هذا اصلا وهو القياس
بجهالة المبيع وجه الاستحسان ان شرع الخيار
للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق
والاوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة
لانه يحتاج الى اختيار من يثق برايه او اختيار
من يشتريه لاجله ولا يمكنه البايع من الحمل
اليه الا بالبيع لانه لا يرضى بتركه في يده امانة فكان في
معنى خيار الشرط وهذه الجهالة لا تفضي الى
المنازعة لتعيين من له الخيار فلا تمنع الجواز غير
ان هذه الحاجة تندفع بالثلاثة لوجود الجيد
والوسط والردى فيها فلا حاجة الى الاربعة
وثبوت الرخصة للحاجة وكون الجهالة غير مفضية
الى المنازعة فلا تثبت باحدهما ثم قيل يشترط
ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين

قوله واحدا ٣ راجع لكل من الكيلي والوزني والعبد اذ لو كانا كيليين او وزنيين ففيهما التفصيل كالعبد ان المتقدم ذكرهما

وهو

وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا
الاعتبار اتفاقا لا شرطا قال فخر الاسلام هو
الصحيح فعلى قول هذا القايل اذا لم يشترط خيار
الشرط يلزم العقد في احدهما حتى لا يرد الا احدهما
وعلى قول الكرخي له ان يردهما لان هذا الخيار
عنده بمنزلة خيار الشرط وقال قاضي خان
وضع محمد رحمه الله هذه المسالة ههنا يعني في الجامع
الصغير فيما اذا بين مدة الخيار فقال باخذ
ايهما شاء بعشرة دراهم وهو بالخيار ثلاثة ايام
ووضعه كذا في المأذون ووضعها في الجامع الكبير
وغيره على ان ياخذ ايهما شاء ولم يذكر الزيادة
واذا لم يذكر خيار الشرط فلا بد من توقيت خيار
التعيين بالثلاث فما دونها عند ابي حنيفة
رحمه الله وبمدة معلومة ايتها كانت عندهما
على قول اكثر المشايخ لان القياس يابى جواز هذا
العقد وانما جاز استحسانا بطريق الالحاق بشرط
الخيار فلا يجوز بدونه فان شرطا ذلك ثبت له
خيار الشرط ويبقى خيار التعيين للوارث فلا يكون
له الا رد احدهما قال العبد الضعيف عفى الله
عنه اذا لم يذكر خيار الشرط فلا معنى لتوقيت
خيار التعيين بخلاف خيار الشرط فان التوقيت
فيه يفيد لزوم العقد عند مضي الوقت وفي خيار
التعيين لا يمكن ذلك لانه لازم في احدهما قبل مضي

في الجامع الصغير قال شمس الائمة هو الصحيح وقيل لا يشترط وهو المذكور في

مع

مع خيار التعيين فان ردهما بخيار الشرط في المدة او رد احدهما بخيار التعيين كان له ذلك واذا مضت المدة بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما جميعا ويبقى له خيار التعيين فيرد احدهما وان مات المشتري في مدة الخيار بطل خيار الشرط صح

الوقت ولا يمكن تعيينه بعض الوقت بدون تعيينه
فلا فايدة لشرط ذلك والذي يغلب على الظن
ان التوقيت لا يشترط فيه ولو شرط خيار التعيين
للبايع اختلف المشايخ فيه فذكر الكرخي في
مختصره انه يجوز استحسانا قالوا واليه اشار
في الزيادات ووجهه انه خيار يجوز اشتراطه
للمشتري فكذا له قياسا عليه وذكر في المجرد
انه لا يجوز لانه جوز للمشتري للحاجة مخالفا للقياس
ولا حاجة اليه للبايع ثم اذا كان خيار التعيين
للمشتري وقبضهما فهلك احدهما او تعيب لزمه
البيع فيه بثمنه لامتناع الرد بالعيب وتعين
الاخر للامانة لان الداخل تحت العقد احدهما
والذي لم يدخل في العقد قبضه باذن مالكه
لا على سوم الشرا ولا بطريق الوثيقة فكان امانة
في يده وتعين الباقي للامانة لما ذكرنا بخلاف
ما اذا طلق احدى امراتيه او اعتق احد عبديه
فهلك احدهما حيث يتعين الباقي للعتاق لانه
حين اشرف على الهلاك لم يخرج من ان يكون محلا
للطلاق والعتاق ولا يعجز عن الايقاع عليه قبل
الهلاك وبعد الهلاك لم يبق الهالك محلا للايقاع
فتعين الباقي له لبقا المحلية وفيما نحن فيه حين
اشرف على الهلاك عجز عن رده وهو قابل للبيع
ولم تبطل محليته فتعين له وهذا الفرق يرجع

والطلاق م

الى



الى انهما استويا في بقا المحلية قبل الموت غير انه
في البيع حين اشرف على الهلاك عجز عن رده فتعين
هو للبيع لانه قابل له وفي الطلاق والعتاق كذلك
لا يخرج من ان يكون محلا للايقاع قبل الموت غير
انه لا يعجز عنه فبقي مخيرا الى الهلاك فاذا هلك
خرج من ان يكون محلا له فلو وقع عليه لوقع بعد
الموت وهما لا يقعان بعده فتعين الباقي ضرورة
هذا اذا هلك احدهما قبل الاخر وان هلكا معا
يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع
والامانة فيهما لعدم الاولوية بجعل احدهما
مبيعا او امانة ولا فرق بين ان يكون الثمن متفقا
او مختلفا وكذا لو هلكا على التعاقب ولا يدرى
الاول منهما يجب نصف ثمن كل واحد منهما لما قلنا
بخلاف ما اذا تعيبا ولم يهلكا حيث يبقى خياره
على حاله وله ان يرد احدهما لانهما محل لابتداء
البيع فكذا التعيين بخلاف الهالك ولكن ليس له ان
يردهما وان كان فيه خيار الشرط له لان العيب
يمنع من الرد بخيار الشرط قال **ولو اشتريا على
انهما بالخيار فرضي احدهما لا يرده الاخر** يعني لو
اشترى اثنان بشرط الخيار لهما ليس لاحدهما ان
يرد نصيبه اذا اجاز الاخر وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا له ان يرده وعلى هذا الخلاف
خيار الرؤية وخيار العيب لهما ان اثبات الخيار

٢

لاشتراط الدفع النفس
لكل واحد منهما

لما اثبانه لكل واحد منهما يحتاج الى دفعه عن
نفسه فلو بطل بعد ابطال الاخر خياره لم
يحصل مقصوده ويلحقه ضرر وله ان المشروط
خيارهما لا خيار كل واحد منهما على الانفراد
فلا ينفرد احدهما بالرد ولان حق الرد ثبت
لهما على وجه لا يتضرر به البايع وفي رد احدهما
نصيبه اضرار بالبايع اذ المبيع خرج عن ملكه
غير معيب بعيب الشركة فلو رده احدهما
لرده معيبا بها اذ هي عيب في الاعيان لكونه
لا يمكن من الانتفاع به الا بطريق المهاياة
وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضى برد
احدهما نصيبه اجتماعهما على الرد وقوله
يلحقه به ضرر قلنا هذا الضرر يلحقه من
جهة نفسه لعجزه عن ايجاد شرط الرد وهو
مساعدة صاحبه اياه على الرد والبايع يتضرر
بتصرف الراد فكان رعاية جانب البايع اولى
ولا يقال البايع رضي بالتبعيض بالبيع لهما لانا نقول
رضي بالتبعيض في ملكهما لا في ملك نفسه فلا
يدل على الرضى به في ملكه الا ترى ان المشتري
لو زوج الامة المشتراة ثم وجد بها عيبا ليس له
ان يردها على البايع لحدوث العيب عنده وهو
التزويج وان حصل بتسليطه ورضاه لما قلنا
فان قيل هذا العيب حدث عند البايع قبل القبض

وا

والعيب الحادث قبل القبض لا يمنع الرد قلنا
هذا عيب حدث بفعل المشتري وهو يمنع الرد
وان حدث في يد البايع قال **ولو اشترى عبدا
على انه خباز او كاتب فكان بخلافه اخذه بكل الثمن
او تركه** لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق
بالشرط في العقد ثم فواته يوجب التخيير لانه
لم يرض به دونه بخلاف ما لو باع شاة على
انها حامل او تحلب كذا وكذا رطلا حيث يفسد
البيع لانه من قبيل الوصف وانما هو من قبيل
الشرط الفاسد اذ لا يعرف ذلك حقيقة لانه
يحتمل انه لبن او حمل او انتفاخ حتى لو شرط انها
حلوب او لبون لا يفسد لانه وصف ولو قال
يخبز كذا صاعا او يكتب كذا قدرا يفسد لما ذكرنا
وشرطه ان يقدر على الكتابة والخبز قدر ما
ينطلق عليه اسم الكاتب والخباز وان كان لا يحسن
ذلك قدر ما ينطلق عليه الاسم فله الخيار ان
شا اخذه وان شا رده لما قلنا وان قال البايع
عند الرد كان يحسن ذلك لكنه نسي عندك
فالقول قول المشتري لان الاصل عدم الخبز
والكتابة فكان الظاهر شاهدا له ولو ابتاعه
من غير ان يشترط الكتابة والخبز وكان يحسن
ذلك فنسيه في يد البايع قبل التسليم رده عليه
لانه استحق تسليمه على الصفة التي ورد عليه

ليس م

الانتفاخ بالجيم السمن والضخامة

العقد فاذا نسيه فقد تغير المبيع قبل القبض
فيرده وعلى هذا لو اشترى جارية على انها طباخة
او نحوه في جميع ما ذكرنا من الاحكام ثم في كل
موضع تثبت له الخيار فيه اذا اختار الاخذ
اخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شئ
من الثمن لكونها تابعة في العقد اذ الجنس متحد
ولهذا لا ينفسد به العقد ولو اختلف لفسد
على ما يجي بيانه في البيع الفاسد ان شا الله تعالى

باب خيار الرؤية قال شرا ما لم يره
جايز وله ان يرده اذا راه وان رضي قبله
وقال الشافعي لا يجوز البيع لان المبيع مجهول
اذ لم يعرف منه الا الاسم فصار كما اذا لم يشر اليه
ولا الى مكانه او هو معدوم لما ذكرنا وقد نهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عنده
الانسان اي ما ليس بحاضر عند المتبايعين مرأى
للمشتري ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى
ما لم يره فله الخيار اذا راه ولان الجهالة فيه
لا تفضي الى المنازعة لانه ان لم يوافقه رده فصار
كجهالة الوصف في المشاهد المعاين والمراد بالنهي
عن بيع ما ليس عند الانسان ما ليس في ملكه
بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام قال
يا رسول الله ان الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي
فابيعها منه ثم ادخل السوق فاستجيدها

خيار الرؤية تثبت في البيع والاجاره والصلح والقسمة والهبة وهو يجري في الاعيان لا في الاثمان ولا في الديون كالسلم ونحوه

فا

فاشتريها فاسلمها اليه فقال عليه الصلاة
والسلام لا تبع ما ليس عندك واجمعنا على انه
لو باع عينا حاضرة غير مملوكة لا يجوز وان ملكها
فيما بعد ولو كان كما زعم لجاز ولو باع عينا
غايبة وكان المشتري راها جاز فبطل زعمه
طردا وعكسه وقوله وان رضي قبله متصل
بما قبله اي له الخيار اذا راه وان كان رضي
قبل ان يراه لان الخيار معلق بالرؤية على
ما روينا فلا يثبت قبله ولان الرضى بالشئ قبل
العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت
قبل الرؤية بخلاف فسخه حيث يعتبر قبل
الرؤية لكونه عقدا غير لازم فينفسخ لذلك
لا بموجب الخيار والله اعلم قال ولا خيار لمن
باع ما لم يره وكان ابو حنيفة رحمه الله اولا
يقول له الخيار لان البيع يتم برضا المتعاقدين
فاذا انتفى رضى احدهما لعدم الرؤية فكذا رضى
الاخر اذ لا يثبت به الملك ولا يزول به الا
بالرضى وهو بالعلم باوصاف المبيع وذلك
بالرؤية ولانه خيار يثبت لاحد المتعاقدين
فوجب ان يثبت للاخر اعتبارا بخيار الشرط
وخيار العيب ثم رجع عنه وقال الشافعي
رحمه الله لا يجوز بيع ما لم يره اصلا قولا
واحدا ولنا المرجوع اليه ان عثمان بن عفان

باع ارضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل
لطلحة انك قد غُبنتَ فقال لي الخيار لاني اشتريت
ما لم اره وقيل لعثمان انك قد غُبنت فقال
لي الخيار لاني بعت ما لم اره فحكّما بينهما جُبَيرَ
ابن مُطعِم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر
من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان
اجماعا ولان خيار الروية متعلق بروية
المشتري فما روينا فلا يثبت دونه ولان خيار
الروية انما يثبت للمشتري باعتبار انه يظنه
خيرا مما راى فيرده لفوات الوصف المرغوب
فيه ولو رده البايع لرده باعتبار انه ازيد مما
يظنه والخيار لا يثبت بمثله كما لو باع عبدا على
انه معيب فاذا هو سليم لا يثبت للبايع فيه
الخيار قال ويبطل بما يبطل به خيار الشرط
اي يبطل خيار الروية بما يبطل به خيار الشرط
من التصريح والدلالة ومراده بعد الروية
واما قبله فلا يسقط وان صرح به الا في ضمن
بعض التصرفات لتعذر الفسخ على ما نبين وقال
بعضهم اذا راه وتمكن من الفسخ ولم يفسخ سقط خياره
ولزم البيع وان لم يوجد منه الاجازة صريحا ولا
دلالة لان سبب ثبوت هـ هذا الخيار جهالة اوصاف المبيع بدليل انه
لو راه قبل العقد لا يكون له الخيار والجهالة
تزول بالروية والخيار يسقط بزوال سببه

لخيار

لخيار العيب يسقط بزوال العيب وكان ينبغي
ان لا يملك فسخه بعد الروية متصلا بها لزوال
سببه الا انه ملك الفسخ لدفع الضرر عن
نفسه للضرورة وهذه الضرورة تزول بقدر
ما يتمكن من الفسخ والصحيح انه مطلق غير
موقت بالزمان فيكون له الفسخ في جميع
عمره ما لم يسقط بالقول او بفعل يدل على
الرضى به نص عليه ابن رستم وكذا ذكره
محمد في الاصل لان النص ورد باثبات الخيار
مطلقا والعبرة في المنصوص عليه لعين النص
لا للمعنى مع ان جهالة الوصف ليست بعلة
لثبوت هذا الخيار بدليل انه لم يثبت له الخيار
قبل الروية لتعلقه بالروية فكذا لا يتوقت
لاطلاقه عن الوقت والتقييد به يكون زيادة
وهو نسخ فيمتد الى ان يوجد منه ما يسقطه
وهو التصريح به او التعيب او تصرف لا يمكن
رفعه كالاعتاق والتدبير او يوجب حقا للغير
كالبيع المطلق والرهن والاجارة لوجود الرضا
منه صريحا او دلالة وكذا لو كانت هذه التصرفات
قبل الروية يسقط بها الخيار لتعذر الفسخ وان
كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط
الخيار للبايع والمساومة والهبة من غير تسليم
لا يبطله قبل الروية لانه لا يفوق صريح الرضا

قوله وكذا لو كانت هذه التصرفات
بيان لقوله فيما تقدم الا في ضمن
بعض التصرفات

وبيطله بعد الروية لوجود دلالة الرضا
بعد العلم وكذا اذا قبضه بعد الروية بطل
خياره لانه يدل على الرضا ولانه مؤكد لحكم
العقد فشابه البيع ولو كان البيع بشرط
الخيار للمشترى فهو كالمطلق حتى يسقط فيه
الخيار قبل الروية لانه بات مطلق من جانبه
ولو اشترى ارضا فاذن للاكار ان يزرعها
قبل الروية فزرعها بطل لان فعله بامره كفعله
والله اعلم قال **وكفت روية وجه الصبرة
والرقيق والدابة وكفلها وظاهر الثوب المطوى
وداخل الدار** لان روية ما يستدل به على المقصود
يكفى لتعسر روية الجميع وروية هذه المواضع
من هذه الاشيا يقع بها العلم بالمقصود فلا معنى
لاشتراط روية غيرها ولو دخل فى البيع اشياء
فان كان لا يتفاوت احاده كالمكيل والموزون
وعلامته ان يعرض بالنموذج يكتفى بروية
بعضه لجريان العادة بالاكتفا بالبعض فى الجنس
الواحد ولوقوع العلم به بالباقى الا اذا كان
الباقى اردى فيكون له الخيار فيه وفيما راى كيلا
يلزم تفريق الصفقة قبل التمام لانها مع الخيار
لا تتم وان كان احاده تتفاوت وهو الذى
لا يباع بالنموذج كالثياب والدواب والعبيد
فلا بد من روية كل واحد من افراده لانه

بروية بعضها لا يقع العلم بالباقى للتفاوت
والجوز والبيض من هذا القسم فيما ذكره
الكرخى لتفاوت احاده فلا يستدل بروية
بعضه على غيره من جنسه وقال صاحب الهداية
ينبغى ان تكون مثل الحنطة والشعير لكونها
متقاربة فاذا ثبت هذا نقول النظر الى وجه
الصبرة كاف لانه يعرف به وصف الباقى لما
ذكرنا وكذا النظر الى ظاهر الثوب مطويا مما
يعلم البقية الا اذا كان فى طيه ما يكون مقصودا
كموضع العلم لان قيمته تختلف باختلافه وقال
زفر لا يكتفى بروية ظاهر الثوب ولا بد من نشر
كله لانه ليس من ذوات الامثال فلا يعرف
كله برؤية بعضه قلنا قلما يتفاوت جوانب
ثوب واحد فيمكن الاستدلال بالبعض على البعض
منه والوجه هو المقصود من الادمى ولهذا يتفاوت
قيم الرقيق بتفاوته وساير الجسد تبع له
والكفل من الدواب فلا بد من رويتهما وشرط
بعضهم مع ذلك روية القوايم وعند محمد
رحمه الله روية الوجه كاف كالادمى وفى شاة
اللحم لا بد من ~~معرفة مرعها وفيما يطعم لا بد
من الذوق~~ الجس لانه به يظهر السمن والهزال
ويعرف به كثرة اللحم وقلته وفى شاة القنية
لا بد من معرفة مرعها وفيما يطعم لا بد من

الذوق وفيما يشم لا بد من الشم وفي دفوف
الغازي لا بد من سماع صوتها لان العلم بالشي
يقع باستعمال آلة ادراكه فلا يسقط خياره
حتى يدركه وجعل في المختصر (من القدوري) رؤية خارج الدار
كرؤيتها كلها لانه يستدل به على الباقي وفي
عامة الروايات اذا راى صحن الدار يسقط
خياره لما ذكرنا في خارجها وقال زفر لا بد من
رؤية داخل البيوت وهو الاصح لان بيوتها
الشتوية والصيفية والعلوية والسفلية
ومرافقها ومطابخها وسطوحها تختلف فلا بد
من رؤية ذلك كله في الاظهر لان كلا منها مقصود
فالنظر الى الخارج او الى الصحن لا يوقع العلم
بهذه الاشيا وما ذكره في الكتاب مبني على عادة
اهل الكوفة في ذلك الزمان فان دورهم كانت
على تقطيع واحد ولم تختلف الا في الكبر وفي الصغر
وفي كونها جديدة او عتيقة وذلك يظهر
برؤية بعضها فافتوا به لذلك واما اليوم فبخلافه
فلا يكتفى به ورؤية اشجار البستان يكتفى بها
لوقوع العلم بها ولو راى دهنا في قارورة
من خارجها لا يبطل خياره في المروي عن ابي حنيفة
ومحمد وعن محمد يبطل قال **ونظر وكيله بالقبض**
كنظره لا نظر رسوله وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا لا يكون كنظره حتى لا يسقط خيار

الصواب داخل الدار لان خارج الدار سبق قلم من الناسخ

الموكل

الموكل بقبضه لانه توكل بالقبض دون اسقاط الخيار
فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب
والشرط فانه لا يقدر على اسقاطهما فكذا هذا
واقرب منه انه لا يقدر على اسقاطه قصدا
بان قبضه مستورا فاسقط الخيار بعده او
كان راه من قبل فان خيار الموكل لا يسقط به
فكذا ضمنا بالقبض لما ذكرنا ولابي حنيفة رحمه
الله انه وكله بالقبض واقامه مقام نفسه
فيه والقبض على نوعين قبض تام وهو ان يقبضه
وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه مستورا لانه
اذا قبضه مستورا فخياره باق على حاله حتى
يراه ولا يتم الصفقة مع بقا الخيار فكان
ناقصا والموكل يملكه بنوعيه فكذا الوكيل
لاطلاق التوكيل فاذا قبضه مستورا انتهت
الوكالة بالقبض الناقص فلا يملك اسقاطه
قصدا بعد ذلك لكونه اجنبيا بعد انتهاء الوكالة
وهذا لانه يملك القبض والقبض يتضمن السقوط
لكونه كاملا ضرورة فاذا انفصل السقوط
عن القبض بان كان بعده قصدا او قبله بالرؤية
لا يملكه اذ لم يوكله الا بالقبض وهذا بخلاف
خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فلا يتنوع
القبض معه وبخلاف خيار الشرط لانه لا يسقط
بقبض الموكل فلا يتصور فيه القبض التام فكذا

بقبض الوكيل بخلاف الرسول لانه لا يملك شيا
وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض
والتسليم اذا كان رسولا في الشرا والبيع والفرق
بين التوكيل والارسال ان يقول في التوكيل
كن وكيلي في القبض وفي الارسال كن رسولي
فيه او امرتك بقبضه وبقوله ونظر وكيله
بالقبض احترز عن الوكيل بالشرا فان نظره
بالاجماع كنظر الموكل فقيده بالقبض لما فيه من
الاختلاف ولم يقيد الرسول به لان نظره لا
يكون كنظر المرسل مطلقا سوا كان الرسول
بالقبض او بالشرا قال وصح عقد الاعمى ويسقط
خياره اذا اشترى بجس المبيع وشمه وذوقه
وفي العقار بوصفه اما صحة عقده فلانه
مكلف محتاج فصار كالبصير واما سقوط خياره
بما ذكره فلان هذه الاشيا تفيد العلم لمن
استعملها على ما بينا في البصير وقوله يسقط
خياره بجس المبيع الى آخره محمول على ما اذا وجد
الجس منه قبل الشرا واما اذا اشترى قبل
ان يجس لا يسقط خياره بل يثبت باتفاق
الروايات لما روينا ويمتد الى ان يوجد منه ما
يدل على الرضى من قول او فعل في الصحيح على
ما بينا واكتفى بالوصف في العقار لانه لا سبيل
له الى معرفته الا به والوصف قد يقام مقام

الروية

الروية في حق البصير كما في السلم حتى لا يكون له
خيار الروية فيه بعد ما وصف له كذا في
حقه وعن ابي يوسف رحمه الله انه اشترط
مع ذلك ان يوقف في مكان لو كان بصيرا
لراه منه لان التشبه يقام مقام الحقيقة
عند العجز كتحريك الشفتين اقيم مقام
القراة في حق الاخرس في الصلاة واجراء
الموسى على راس المحرم بالحج او العمرة عند
التحلل وقال الحسن يوكل وكيلا يقبضه
له وهو يراه وهو اشبه بقول ابي حنيفة
رضي الله عنه لان روية الوكيل كروية
الموكل عنده لما بينا وقال بعض ايمة بلخ
يشترط مس الحيطان والاشجار مع الوصف
وان ابصر بعد الوصف وبعد ما وجد منه
ما يدل على الرضى فلا خيار له لان العقد تم به
وانبرم فلا ينتقض بعد ذلك الا برضاهما ولان
خياره قد سقط به فلا يعود ولو اشترى
البصير ثم عمي قبل الروية انتقل الى الوصف
لوجود العجز قبل العلم قال ومن راى احد
الثوبين فاشتراهما ثم راى الاخر له ردهما
لان روية احدهما لا تغني عن الاخر للتفاوت
فيبقى خياره فيما لم يره فيجوز رده لما روينا وليس
له ان يرده وحده لنهيه عليه الصلاة والسلام

عن تفريق الصفقة فيردهما جميعا ضرورة
ولا يبقى له خيار ثبت بالنص فيما لم يره وفي
منع الفسخ فيه وحده ابطاله فكان باطلا
لانا نقول نحن لا نمنع خيار الفسخ فيه وانما
نقول اذا اختار الفسخ فسخ فيه وفي الاخر
احترازا عن التفريق فكان فيه عمل بموجبه
وفيه جمع بين الحديثين لان الذي لم يره
يرده بالحديث الاول والذي رآه بالثاني لما
ان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض
وبعده لخلل في الرضا بالعقد وهو الصفقة
كما لا يتم بالايجاب وحده لعدم رضا الاخر
بالصفقة وكذا لا يتم مع خيار العيب قبل
القبض لان العقد غير تام قبل القبض اذ لا
يفيد ملك التصرف وليس له ان يفرق في القبض
كما لا يفرق في القبول وبعد القبض لا يمنع
تمام الصفقة لانهما قد رضيا بالعقد على
تقدير السلامة وهي ثابتة ظاهرا فلزم وتم
ولهذا افاد العقد فيه ملك الرقبة
والتصرف ولو كان في رضاهما خلل لما افاد وحقيقته
ان خيار العيب ثبت بفوات بعض اوصاف
المبيع وفوات بعض المبيع نفسه لا يمنع تمام
الصفقة بعد القبض حتى يملك التصرف فيه
فهذا اولى فالتفريق بعد ذلك لا يضر لانه

تفريق

تفريق في الفسخ اذ لم يبق بعد تمامه الا الفسخ
ولهذا لا يملك احدهما الفسخ به بعد القبض
بل ينفسخ بقضاء القاضي او بالتراضي ولو كان
يمنع التمام لملكه كما في خيار الشرط وخيار الرؤية
وصار نظير القبول في الانفراد به كما صار
نظيره فيه قال **ولا يورث كخيار الشرط**
اي لا يورث خيار الرؤية كما لا يورث خيار
الشرط لان الخيار ثبت بالنص للعاقد والوارث
ليس بعاقد فلا يثبت له ولان الخيار وصف
له فلا يجري فيه الارث على ما بينا قال
ومن اشترى ما رآه خير ان تغير والا لا اي
ان لم يتغير لم يخير لان العلم بالمبيع قد حصل
بالرؤية الاولى وقد رضي به ما دام على تلك
الصفة الا اذا لم يعلم عند العقد انه كان رآه من
قبل فحينئذ يثبت له الخيار لعدم رضاه
لان الرضى بدون العلم باوصافه لا يتصور
وانما يخير اذا وجده متغيرا لان تلك الرؤية
لم تقع معلمة له باوصاف المبيع فصار كانه
لم يره قال **وان اختلفا في التغير فالقول**
قول البائع مع يمينه لان الظاهر يشهد له اذ الاصل
بقاء ما كان على ما كان وكذا سبب اللزوم قد
ظهر فلا يصدق في دعواه التغير الا ببينة
الا اذا بعدت المدة لان الظاهر شاهد له الا ترى

ان الجارية الشابة تكون عجوزة بطول الزمان
قال رحمه الله **وللمشتري في الروية** اي لو
اختلفا في الروية كان القول قول المشتري
لانها امر حادث والمشتري ينكره فيكون القول
له مع يمينه قال **ولو اشترى عدلا وباع منه
ثوبا او وهب ردّه بعيب لا بخيار روية او
شرط** لان الرد قد تعذر فيما اخرجه عن ملكه
ولا يمكنه ان يرد الباقي بخيار الروية والشرط
سوا كان قبل القبض او بعده لما فيه من تفريق
الصفقة قبل التمام لانهما يمنعان تمام الصفقة
على ما ذكرنا وفي خيار العيب يملك التفريق
بعد القبض على ما بينا وفيه وضع المسالة
فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار
الروية لارتفاع المانع من الرد وهو تفريق
الصفقة كذا ذكره شمس الايمة رحمه الله وعن
ابي يوسف رحمه الله انه لا يعود لان الساقط
لا يعود فصار كخيار الشرط وعليه اعتمد
القدوري رحمه الله بخلاف ما اذا وهب عبده
المدين ممن له الدين او عبده الجاني من ولي
الجناية حتى سقط الدين والجناية ثم رجع في
الهبة حيث يعودان عند ابي يوسف خلافا لمحمد
والعذر لابي يوسف ان حق خيار الروية
اضعف منهما والله اعلم **باب**

خيار

خيار العيب وهو ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة
قال **من وجد بالمبيع عيبا اخذه بكل الثمن او رده**
لان مطلق العقد يقتضي السلامة من العيب
فكانت السلامة كالمشروطة في العقد صريحا
لكونها مطلوبة عادة فعند فواتها يتخير كيلا
يتضرر بالزام ما لا يرضى به كما اذا فات الوصف
المرغوب فيه المشروط في العقد ولا يحل له ان يبيع
العيب حتى يبين عيبه لقوله صلى الله عليه
وسلم لا يحل لمسلم باع من اخيه بيعا وفيه عيب
الا بينه له رواه ابن ماجه واحمد بمعناه
ومر عليه الصلاة والسلام برجل يبيع طعاما
فادخل يده فيه فاذا هو مبلول فقال من
غشنا فليس منا رواه مسلم وغيره وكتب
عليه الصلاة والسلام كتابا بعد ما باع فقال
فيه هذا ما اشترى العدّا بن خالد بن هوذة
من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى
منه عبدا او امة لا داء ولا غايلة ولا خبثة بيع
المسلم المسلم رواه ابن ماجه والترمذي
فاذا اختار الاخذ اخذه بجميع الثمن ولا ينقص
من الثمن شيا لان الاوصاف لا يقابلها شي من
الثمن بالعقد لكونها تبعا فلا يكون اصلا ولا
مراحماله بخلاف ما اذا صارت مقصودة
بالاتلاف بان حدث العيب بفعل البايع بعد

٢ كمن اشترى عبدا على انه خباز ونحوه فوجده بخلاف ذلك ولكون السلامة كالمشروطة في العقد صح

البيع قبل التغير حيث يسقط من الثمن بحصته اذا
اختار الاخذ لان الاوصاف تكون لها حصة
بالاتلاف قصدا والمراد به عيب كان عند
البايع وقبضه المشترى من غير ان يعلم به
ولم يوجد من المشترى ما يدل على الرضى به
بعد العلم بالعيب قال وما اوجب نقصان
الثمن عند التجار عيب لان التضرر بنقصان
المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته
عرف اهله قال كالاباق والبول في الفراش
والسرقة لانها توجب نقصان القيمة عندهم العقد التجار
ثم اذا وجد شيء من هذه الاشيا من صغير غير
مميز لايكون عيبا وان كان مميزا يكون عيبا ويزول
بالبلوغ فان عاوده بعد البلوغ يكون عيبا
حادثا غير الاول لزوال الاول بالبلوغ فيكونا ن
مختلفين لاختلاف سببهما فان البول قبل
البلوغ لضعف في المثانة وبعده لداء في الباطن
والاباق قبل البلوغ لحب اللعب والسرقة قبل البلوغ
لقلة المبالاة وهما بعده لخبث في الباطن حتى لو وجد
شيء منها عند البايع قبل البلوغ ثم وجد عند المشترى
بعد البلوغ ليس له ان يرده لزوال الاول بالبلوغ
ولو وجد عند البايع قبل البلوغ ووجد عند
المشترى ايضا قبل البلوغ يرده لما ذكرنا والسرقة
لا تختلف بين ان تكون من المولى او من غيره الا اذا

قبل البلوغ يرده به مالم يبلغ لاتحاد السبب وكذا اذا وجد عند البايع بعد البلوغ وعند المشترى ايضا صح

سرق

سرق من المولى شيا للاكل فانه لا يكون عيبا
فان التقصير جا من المولى حيث احوجه اليه وان
سرق طعاما من المولى ليبيعه يكون عيبا لانه
لا يامنه في حفظ ماله ولو سرق الشيء اليسير نحو
الفلس والفلسين لا يكون عيبا ولو نقب البيت
يكون عيبا وان لم ياخذ وفي الاباق اذا خرج
من البلد يكون عيبا بالاتفاق ان ابق من المولى
او من رجل كان عنده باجارة او عارية او وديعة
بخلاف ما اذا ابق من الغاصب الى المولى او الى غيره
ان لم يعرف منزله او لم يقو على الرجوع اليه
وان لم يخرج منه اختلفوا فيه والاشبه ان
يقال ان كانت البلدة كبيرة مثل القاهرة يكون
عيبا وان كانت صغيرة بحيث لا يخفى عليه اهلها
وبيوتها لا يكون عيبا قال والجنون لما ذكرنا
وهو فساد في الباطن لان العقل معدنه القلب
وشعاعه في الدماغ والجنون انقطاع ذلك الشعاع
وهو لا يختلف باختلاف السن حتى لو وجد عند البايع
في صغره وعاوده عند المشترى بعد الكبر
يرده لانه عين ذلك الاول وقيل لا يشترط المعاودة
عند المشترى بل اذا ثبت انه كان به جنون
عند البايع يرده وان لم يعاوده في يد المشترى
لانه قل ما يزول والصحيح انه لا يرده حتى
يعاوده عنده لان الله تعالى قادر على ازالته

فلابد من المعاودة ومقداره ان يكون اكثر من
يوم وليلة وما دونه لايكون عيبا وقال بعضهم
المطبق عيب وما دونه لايكون عيبا قال **والبخر**
والدفر والزنا وولده في الجارية يعني هذه
الاربعة تكون عيبا في الجارية دون الغلام لانه
يخل بالمقصود فيها وهو الاستفراش وطلب
الولد لا في الغلام لان المطلوب منه الاستخدام
وهذه الاشيا لاتخل به لانه يستخدمه من
بُعدٍ وكونه ادفر او ابخر او زانيا او ولد زنا
لايمنعه منه الا ان يكون فاحشا بحيث يمنع
القرب من المولى او يكون الزنا عادة له لان الفاحش
من الدفر والبخر يكون من داء وهو عيب واتباع
النسا يشغله عن الخدمة وذلك بان يتكرر منه
الزنا اكثر من مرتين والعيوب كلها لابد لها من
المعاودة عند المشتري حتى يرد الا الزنا
في الجارية فانه روي عن محمد رحمه الله في الامالي
لو اشترى جارية بالغة وقد كانت زنت عند
البايع فللمشتري ان يردها وان لم تزن عنده
للحوق العار بالاولاد وفي نوادر بشر عن ابي
يوسف لرجل اشترى جارية فابقت عنده
ثم وجدها واستحقها مستحق ببينة فعيب
الاباق لازم لها ابدا وهذا نص على ان الاباق
ايضا لايشترط معاودته فعلى هذا يرجع

المستحق

٣٥

المستحق بنقصان العيب عليه وان لم يعاودها
عنده وكذا من اشترى منه يردها عليه به من غير
معاودة ~~فعلى هذا يرجع المستحق بنقصان العيب~~
~~عليه وان لم يعاودها عنده وكذا من اشترى~~
~~منه يردها عليه به من غير معاودة عنده~~
والاول هو الظاهر وقد ذكرنا وجهه وقال
الشافعي رحمه الله الزنا في الغلام عيب كالسرقة
قلنا لاينتقص قيمته بالزنا ولايعد عيبا عادة الا
اذا اكثر منه بخلاف السرقة فان المولى يثق عليه
حفظ ماله عنه وكذا حدها اعظم وهو قطع
اليد من حد الزنا وهو الجلد قال **والكفر** يعني
في الغلام والجارية هو عيب لان طبع المسلم ينفر
عن صحبته للعداوة الدينية ولايجوز اعتاقه عن كفارة
القتل فتختل الرغبة فيه ولو اشتراه على انه كافر
فوجده مسلما لايرده لانه زوال العيب وقال
الشافعي رحمه الله يرده لفوات الوصف المرغوب
فيه لان استعباد الكافر اذلاله مطلوب المسلم
والحجة عليه ما ذكرنا قال **وعدم الحيض والاستحا** منه
لان ارتفاعه واستمرار الدم امارة الدا وهذا
لان الحيض مركب في بنات ادم فاذا لم تحض
فالظاهر انه لداء بها فذلك الدا هو العيب وكذا
الاستحاضة لداء بها ولايسمع دعواه بانه ارتفع
الا اذا ذكر سببه وهو الدا او الحبل فما لم يذكر

احدهما لايسمع دعواه ويعتبر في الارتفاع اقصى
غاية البلوغ وهو سبعة عشر سنة عند ابي
حنيفة رحمه الله ويعرف ذلك بقول الامة لانه
لا يعرفه غيرها ويستحلف البايع مع ذلك ان كان
بعد القبض فترد بنكوله وان كان قبله فكذلك
في الصحيح وعن ابي يوسف رحمه الله يرد بلا يمين
البايع لضعف البيع قبل القبض حتى يملك المشتري
الرد بلا قضا ولا رضا وصح الفسخ للعقد
الضعيف بحجة ضعيفة قالوا في ظاهر الرواية
لا يقبل قول الامة فيه ذكره في الكافي ولو ادعى
انقطاعه في مدة قصيرة لايسمع دعواه وفي
المديدة يسمع وادناها ثلاثة اشهر عند ابي
يوسف رحمه الله واربعة اشهر وعشر عند
محمد وعن ابي حنيفة وزفر انها سنتان وجملة
الامر فيه انه اذا ادعى انقطاعه واحسن دعواه
على ما ذكرنا سأل القاضي البايع فان اقر بما ادعاه
المشتري رد بها على البايع وان انكر قيامه في
الحال وهو الانقطاع لا يحلف عند ابي حنيفة رحمه
الله على ما يجي ان شا الله وان اقر بقيامه في الحال
وانكر انه كان عنده يحلف فان حلف برئ وان
نكل رد عليه وان اقام المشتري البينة على ان
الانقطاع كان عند البايع قال في الكافي لا يقبل
لانهم لا يعرفون انقطاعه فتيقن القاضي بكذبهم

بخلاف

بخلاف ما اذا شهدا انها مستحاضة لان الاستحاضة
دُرور الدم فتطلع عليه وذكر في النهاية معزيا
الى فتاوى القاضي ان المرجع في الحبل الى قول
النسا وفي الداء الى قول الاطبا واشترط لثبوت العيب
فيها قول عدلين منهم وقال بخلاف ما لم يطلع عليه
الرجال حيث يثبت بقول امراة واحدة ثم ذكر
بعده مثل ما ذكر في الكافي وعزاه الى الفوايد الظهيرية
ثم اذا ثبت العيب بقول المراة يحلفه البايع
على انه لم يكن عنده لان المشتري لا يرد بعيب
حادث عنده وانما يرد بعيب كان عند البايع
فلا بد من اليمين قال والسعال القديم لان
دوامه يدل على الدا وينتقص بسببه قيمته
قال والدين لان ماليته يكون مشغولا به
وتتقدم الغرما على المولى قال رحمه الله
والشعر والماء في العين لانهما يضعفان البصر
ويورثان العمى قال فلو حدث آخر عند المشتري
رجع بنقصانه او رد برضا بايعه اي لو حدث عند المشتري
عيب واطلع على عيب كان عند البايع فله ان
يرجع بالنقصان وليس له ان يرده الا برضى
البايع لان بالرد اضرارا بالبايع لانه خرج
عن ملكه سالما عن العيب الثاني ولا بد من
دفع الضرر عنهما فتعين الرجوع بالنقصان الا
ان يرضى البايع باخذه لانه رضي بالتزام الضرر

فتخير المشتري حينئذ وان شاء رده وان شاء
رضي به وليس له ان يرجع بالنقصان بعد ما
رضي البائع به لزوال الموجب لذلك وهو امتناعه
من اخذه بخلاف ما اذا خاط الثوب قميصا
ثم اطلع على عيب حيث يرجع بالنقصان عليه
وليس له ان ياخذ الثوب لان امتناع الرد هناك
لحق الشرع كيلا يلزم الربا فلا يقدر على اسقاطه
وهنا امتنع لحق البائع فيسقط باسقاطه ولا
يقال ان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن
فكيف يرجع عليه بالنقصان لانا نقول اذا
صارت مقصودة يقابلها شيء وتصير مقصودة
باحد امرين اما بالاتلاف حقيقة كما اذا
قطع البائع يده قبل القبض فانه يسقط من
الثمن بقدره وهو النصف واما بالمنع حكما كما اذا
امتنع الرد لحقه او لحق الشارع بان نقص
او زاد لان الجزء الفائت صار حقا للمشتري
بالعقد ووجب عليه تسليمه فاذا عجز صار
مانعا لذلك الجزء حكما يرد عليه المبيع ان
امكن دفعا للضرر عنه ولا يرجع عليه بالنقصان
لاندفاع الضرر به وان لم يمكن رجع عليه بحصته
من الثمن وصار له حصة من الثمن لكونه
مقصودا بالمنع حكما فاعتبر الحكمي للضرورة
عند تعذر دفع الضرر عنه بغيره وطريق

معرفته

٢٧

معرفته ان يقوم وبه هذا العيب ثم يقوم
وهو سالم فاذا عرف التفاوت بين القيمتين
يرجع عليه بحصته من الثمن حتى اذا كان عشر
القيمة مثلا رجع عليه بعشر الثمن وان كان
ثلثا فبثلثه وقال مالك يرد المشتري المبيع
ويرد معه نقصان العيب الحادث عنده
لان رد البدل عند تعذر رد المبدل كرده
فصار رادا لكل المبيع فيرجع عليه بكل الثمن
ولنا ان حق الرد ثبت للمشتري ليندفع به الضرر
عن نفسه على وجه لا يتضرر به البائع وبعد
ما تعيب عنده لو رد لتضرر به البائع لانه
خرج عن ملكه سليما عن العيب الحادث عنده
ويعود اليه معيبا به فلا يلزمه وضرر المشتري
امكن دفعه بالرجوع عليه بحصته من الثمن
فلا يصار اليه اصلا اما لو رضي البائع باخذ المبيع
بعيبه فقد التزم الضرر باختياره وليس له
ان يرجع على المشتري كما لا يرجع المشتري بشيء
على البائع باخذ المبيع بعيبه فقد التزم الضرر
باختياره وليس له ان يرجع على المشتري
لما لا يرجع المشتري بشيء على البائع اذا رضي باخذ
المبيع ولا يقال مراعاة حق المشتري اولى عند
تعارض الحقين لان البائع دلس عليه وصار
مغرورا من جهته فترجح مراعاة حقه لذلك لانا نقول

ذلك معصية منه والمعصية لا تنافي عصمة مال
العاصي الا ترى ان من غصب ثوبا فخاطه او صبغه
لا يسقط عصمة صنعته قال ومن اشترى ثوبا
فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب لان القطع
عيب حادث وقد بينا انه يمنع الرد ويوجب الرجوع
بالنقصان بخلاف ما اذا اشترى بعيرا فنحره
فوجد امعاءه فاسدا حيث لا يرجع بالنقصان
عند ابي حنيفة رحمه الله والفرق له ان النحر
افساد للمالية لانه يصير عرضة للنتن والفساد
ولهذا لا يقطع السارق بسرقته فاختل قيام
المالية بفعله فصار كاتلافه كما اذا كان عبدا او
طعاما فقتله او اكله قال وان قبله البايع كذلك
له ذلك لان الامتناع لحقه وقد رضي به بخلاف
ما اذا كان الامتناع لزيادة فيه حيث لا يكون له
اخذه لان الامتناع لحق الشرع على ما بينا قال
وان باعه المشتري لم يرجع بشي لانه صار حابسا
له بالبيع اذ الرد غير ممتنع بالقطع برضى البايع
على ما بينا فكان ممتنعا للرد بخلاف ما اذا خاطه
ثم باعه حيث لا يبطل الرجوع بالنقصان لانه
لم يصر حابسا له بالبيع لامتناع الرد قبله بالخياطة
من غير علم بالعيب وبيعه بعد امتناع الرد لا تاثير
له قال فلو قطعه وخاطه او لت السويق بسمن
فاطلع على عيب رجع بنقصانه كما لو باعه بعد

او صبغه ح

رؤية

رؤية العيب يعني باعه في هذه الصور وانما يرجع
بالنقصان لتعذر الرد بسبب الزيادة اذ الفسخ
في الاصل بدون الزيادة لا يمكن لانها لا تنفك
عنه ومع الزيادة ايضا لا يمكن لان العقد
لم يرد عليها فكذا الفسخ اذ هو لا يرد الا على
عين ما ورد عليه العقد والا لما كان فسخا ولو
اخذه لكان ربا ايضا على ما بينا فاذا امتنع
الرد بسبب الزيادة لا تاثير للبيع لامتناع قبلها
فلا يصير به حابسا بخلاف القطع من غير
خياطة على ما ذكرنا وبخلاف ما اذا ازداد المبيع
زيادة متصلة كالسمن والجمال حيث لا يمنع
الرد بالعيب في ظاهر الرواية ويصير بالبيع
بعدها حابسا له لان الزيادة في مثلها تبع
محض لكونها وصفا له فلا يمنع الفسخ وحاصله
ان الزيادة نوعان متصلة ومنفصلة فالمتصلة
ضربان متولدة من الاصل كالجمال وغير متولدة
منه كالصبغ وقد ذكرنا حكمهما والمنفصلة
ايضا نوعان متولدة من المبيع كالولد والثمر
واللبن ونحو ذلك فانه يمنع الرد لانه لا وجه
الى الفسخ فيها مقصودا لان العقد لم يرد عليها
ولا تبعا لانفصالها ولا الى الفسخ في الاصل
وحده بدون الزيادة لانه يؤدي الى الربا
لان المشتري اذا رد المبيع واخذ الثمن يبقى

الزيادة في ملكه بلا عوض والنوع الثاني من هذا
النوع زيادة غير متولدة من الاصل كالكسب
فانه لا يمنع الرد بالعيب والفسخ فاذا انفسخ
يسلم للمشتري مجانا لانه ليس بمبيع بحال مالانه
متولد من المنافع والمنافع ليست بجزء للعين
ولهذا لا يتبع الكسب الكاسب في الحرية والكتابة
والتدبير والاستيلاد حتى لا يكون اكسابهم
مثلهم ولا يلزم من حصولها للمشتري ان يكون
مجانا لانه ليس بجزء للمبيع فلم يملكه بالثمن
وانما يملكه بالضمان وبمثله يطيب الربح لما روي
انه عليه الصلاة والسلام قضى ان الخراج
بالضمان رواه مسلم والبخاري وغيرهما
وفي رواية ان رجلا ابتاع غلاما فاستغله
ثم وجد به عيبا فرده بالعيب فقال البايع
غلة عبدي فقال النبي صلى الله عليه وسلم
الغلة بالضمان رواه احمد وابو داود وابن ماجه
فاذا ثبت هذا فنقول ان كل موضع يكون المبيع
قايما فيه على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا
البايع فاخراجه عن ملكه يمنع الرجوع بالنقصان
لكونه مفوتا له وكل موضع يكون المبيع قايما فيه
ولا يمكنه الرد وان رضي به البايع فاخراجه
عن ملكه لا يمنع الرجوع بنقصان العيب لانه
لم يصر مفوتا بالاخراج بل كان ممتنعا قبله

وهذا

[illegible]

ولهذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا
لولده الصغير وخاطه ثم وجد به عيبا لا يرجع
بنقصان العيب لانه صار مملكا له بالقطع قبل
الخياطة في وقت لا يمتنع الرد ولو كان الولد
كبيرا رجع بالعيب لانه لم يصر مملكا له الا
بقبضه اذ لا ولاية له عليه فحصلت الخياطة
من غير علم بالعيب في ملك الاب فامتنع الرد
به ثم حصل التمليك بعد ذلك بالتسليم فلا يمتنع
الرجوع بالنقصان قال او مات العبد او اعتقه
اي الخياطة ونحوها لا تمنع الرجوع بنقصان العيب
كما لا يمنع البيع بعد الزيادة على ما تقدم
وكما لا يمنع موت العبد واعتاقه اما الموت
فانما لا يمنع فلان الملك ينتهي به لان الملك
في محل الحياة ثبت باعتبارها فينتهي بانتهائها
وامتناع رده على البايع حكمي لا بفعل من المشتري
فلا يمنع الرجوع بالنقصان وان كان قبل العلم
بالعيب وهو قول الشافعي رحمه الله لان امتناع
الرد بفعله فصار كالقتل وجه الاستحسان
ان الاعتاق انهاء للملك لان الملك في الادمي
ثبت على منافاة الدليل الى غاية العتق والشي
ينتهي بمضي مدته والمنتهي متقرر في نفسه
فيجعل كان الملك فيه باق وتعذر رده ولهذا
ثبت الولاء بالعتق وهو من آثار الملك فبقاوه

واما الاعتاق فالمراد به اعتاق وجد منه
قبل العلم بالعيب وان اعتقه بعد العلم به
فلا يرجع بالنقصان لان اقدامه على الاعتاق
يدل على رضاه به فالقياس فيه ان لا يرجع
بالنقصان ع

كبتا الملك والتدبير والاستيلاد كالاعتاق لتعذر
الرد فيهما بالامر الحكمي مع بقا الملك حقيقة
ولو اعتقه على مال لم يرجع بشي لانه حبس بدله
وهو كحبس المبدل وعن ابي حنيفة رحمه الله انه
يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض ولان
العوض والمعوض ملكه فكان كالعتق بلا عوض
والكتابة مثل الاعتاق على مال لحصول العوض
فيها كالبيع وان عجز المكاتب ينبغي ان يرده
بالعيب لزوال المانع وهذا كما قلنا اذا ابق العبد
المبيع ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لان
الرجوع خلف عن الرد فلا يصار الى الخلف ما دام
حيا لان رجوعه موهوم فيمكن رده فاذا رجع
رده لزوال المانع ولو اشترى المكاتب اباه او
ابنه ثم اطلع على عيب لا يرده لانه تكاتب عليه
فلا يتمكن من اخراجه عن ملكه ولا يرجع بالنقصان
لانه خلف عن الرد ولم يقع الياس عنه
بخلاف التدبير والاستيلاد ولو عجز المكاتب
يرده مولاه ويتولاه العبد لانه هو الذي اشتراه
فكان حقوقه اليه كما لو اشترى عبدا ثم عجز
واطلع المولى على ان بالعبد عيبا فانه يرده
ويتولاه المكاتب لانه هو العاقد قال رحمه الله
فان اعتقه على مال او قتله او كان طعاما فاكله
او بعضه لم يرجع بشي اما العتق على مال فقد

ذكرناه

ذكرنا هو اما القتل فلان الرد امتنع بفعله وهو
مضمون عليه وانما سقط الضمان عنه باعتبار
انه ملكه فصار منتفعا بهذا الملك من حيث دفع
الضمان عن نفسه فصار كانه سلم له الضمان
معنى الا ترى انه لو لم يكن ملكا له لوجب عليه
ضمانه وعن ابي يوسف رحمه الله انه يرجع
بالنقصان لان قتل المولى عبده لا يتعلق به
حكم دنيوي فصار كالموت حتف انفه فيكون
انهاء للملك وجوابه ما ذكرنا وهذا بخلاف ما
اذا صبغ الثوب او فعل فيه نحوه حيث يرجع
بالنقصان مع امتناع الرد بفعله لان هناك
امتناع الرد بسبب زيادة المبيع لحق الشرع
على ما بينا والعين قايم على حاله ولم يحصل له
عنه عوض فلم يوجد ما يمنع الرجوع فصار نظير
الاستيلاد والتدبير والاعتاق واما اكل الطعام
فالمذكور هنا قول ابي حنيفة والقياس ان
يرجع بالنقصان وهو قولهما لانه فعل في المبيع
ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتا ق
وجه الاستحسان ان الرد قد تعذر بفعل مضمون
منه وانما سقط الضمان عنه باعتبار انه ملكه
فصار كالاحراق بالنار وقتل العبد وكونه
مقصودا لا تاثير له فيه الا ترى ان البيع مقصود
بالشرا ومع ذلك يمنع منه والاصل في جنس هذه

المسايل ان الرد متى امتنع بفعل مضمون من المشترى
كالقتل والتمليك من غيره امتنع الرجوع بالنقصان
ومتى امتنع بفعل مضمون من المشترى كالقتل
والتمليك من غيره امتنع الرجوع بالنقصان ومتى
امتنع لا من جهته او من جهته بفعل غير مضمون
كالهلاك بافة سماوية او انتقص او ازداد
زيادة ما تمنع من الرد او الاعتاق او توابعه
كالتدبير والاستيلاد لا يمنع من الرجوع بالنقصان
وان اكل بعض الطعام فكذا الجواب عنده وليس
له ان يرد الباقى ولا ان يرجع بنقصانه لانه
كشى واحد فلا يرد بعضه دون بعض كما اذا باع
البعض وعندهما يرجع بنقصان العيب فى
الكل وليس له ان يرد الباقى لان الطعام كشى
واحد فيتعيب بالتبعيض واكل الكل لا يمنع
الرجوع فالبعض اولى وعنهما انه يرد الباقى
ويرجع بنقصان ما اكل لان التبعيض لا يضره
وان باع بعضه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان
لا فى المزال عن ملكه ولا فى الباقى لان امتناع
الرد بفعله وهو مضمون عليه وعند زفر رحمه
الله يرجع بنقصان الباقى قال ولو اشترى
بيضا او قثاء او جوزا ووجده فاسدا فانتفع به
رجع بنقصان العيب لان الكسر عيب حادث
الا اذا رضى به البايع لانه اسقط حقه وقال

[Margin:] لا من جهته او من جهته بفعل غير مضمون كالهلاك بآفة سماوية او انتقص او ازداد زيادة مانعة

الشافعى

وقف لله تعالى

الشافعى رحمه الله اذا كسره مقدارا ما لا بد
له منه للعلم بالعيب يرده لان البايع سلطه عليه
فكانه فعله بنفسه قلنا ما رضى بكسره فى ملك
المشترى لا فى ملك نفسه فيجب رعاية حقهما
بالرجوع بنقصان العيب على ما بينا من قبل
فصار كما لو اشترى ثوبا فقطعه ثم اطلع على
عيب ولو علم بصفته قبل الكسر رده لامكانه
قال والا بكل الثمن اى ان لم ينتفع به رجع
بكل الثمن لانه ليس بمال فكان البيع باطلا قالوا
هذا يستقيم فى البيض لانه لا قيمة لقشره
وكذا فى الجوز ان لم يكن لقشره قيمة واما اذا كان
لقشره قيمة بان كان فى موضع يوقد فيه قشره
كما فى مواضع الزجاجين فقيل يرجع بحصة
اللب ويصح البيع فى القشر بحصته لانه مال
متقوم فصار محلا للبيع وقيل يرد القشر ويرجع
بكل الثمن لان مالية الجوز باعتبار اللب دون
القشر فاذا لم ينتفع بلبه فات محل البيع فكان
باطلا وان كان لقشره قيمة هذا اذا ذاقه فتركه
فان تناول منه شيا بعد ما ذاقه فلا يرجع عليه
بشى لانه صار به اكلا للبعض وينبغى ان يكون
على الخلاف الذى ذكرنا فى الطعام هذا اذا كسره
من غير علم به ولو كسره بعد العلم به لا يرده
ولا يرجع بالنقصان لان كسره بعد العلم به

[Margin:] قوله هذا اذا كسره من غير علم به [illegible] التقصير [illegible]
ان البيع باطل والدليل ان [illegible] النقصان فيما اذا [illegible]
عيبا ينتفع [illegible] التى [illegible]
شيخ [illegible]

لايرده ولايرجع بالنقصان لان كسره بعد العلم
به دليل الرضا وقالوا هذا اذا وجده خاويا
وان كان فيه قليل لب شي يأكله بعض الفقراء
او يصلح للعلف فهو من قبيل العيب وحكمه
ما ذكرنا وقالوا في بيض النعامة اذا وجده
فاسدا بعد الكسر يرجع بنقصان العيب لان
ماليته باعتبار القشر بخلاف غيره مما ذكرنا
وان وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع
استحسانا لانه لا يخلو عن القليل من الفاسد
عادة فلا يمكن التحرز عنه وذكر مثل الواحد
او الاثنين من كل مائة فليس له ان يخاصم البائع
بسببه وان كان اكثر من ذلك اختلفوا فيه
فقيل باطل عند ابي حنيفة وعندهما يجوز بحصة
الصحيح منه لانه بمنزلة ما لو فصل ثمنه لانه
ينقسم ثمنه على اجزائه كالمكيل والموزون لا على
قيمته وقيل العقد لا يجوز عند الكل لانه لم
يفصل الثمن والاول اصح لما عرف من قواعدهم
قال رحمه الله ولو باع المبيع فرد عليه بعيب
بقضا يرده على بايعه ولو برضا لا اي لو اشترى
شيا ثم باعه فرد عليه بالعيب له ان يرده على بايعه
ان كان رده عليه بقضا لان الرد بالقضا فسخ في
حق الكل فيكون كانه لم يبعه وان كان الرد
بالتراضي من غير قضا القاضي لا يرده على بايعه

وقيل

وقيل في عيب لا يحدث مثله كالاصبع الزايدة
يرده للتيقن به عند البيع الاول والاصح
انه لا يرد عليه في الكل لان الفسخ بالتراضي
بيع جديد في حق غيرهما اذ لا ولاية لهما على
غيرهما بخلاف القاضي لان له ولاية عامة
فينفذ قضاؤه على الكل وهذا اذا كان الرد
بعد القبض وان كان قبله فله ان يرد على
بايعه وان كان بالتراضي في غير العقار لان
بيع المبيع قبل القبض لا يجوز فلا يمكن جعله
بيعا جديدا في حق غيرهما فجعل فسخا في حق
الكل على ما نبينه في الاقالة ان شاء الله تعالى
وفي العقار اختلاف على قول ابي حنيفة رحمه
الله والاظهر انه بيع جديد في حق البايع الاول
لان العقار يجوز بيعه قبل القبض عنده
وعند ابي يوسف بيع في حق الكل على ما عرف
من مذهبه ولا فرق بين ان يكون قضا القاضي
ببينة او باقرار او بنكول لان قضاه فسخ في الكل
وقال محمد لا يرده على بايعه ان رد عليه ببينة
لانه انكر قيام العيب به فيكون اقرارا منه على
انه سليم قلنا قد صار مكذبا شرعا فبطل
اقراره وقال زفر رحمه الله لا يرده على بايعه
اذا كان القضا باقرار او نكول لان اقراره لا يقبل
في حق غيره فلا يكون حجة على بايعه فلا يصير

فسخا في حقه كالفسخ بالتراضي وهذا لان القاضي
مضطرا الى القضا من جهته فانتقل الفعل اليه لان
فعل المكرَه منسوب الى المكرِه قلنا لا ينتقل فعل
المكرَه الى المكرِه الا فيما يصلح الة له كما في القتل
فانه يمكنه ان ياخذه ويضربه واما فيما لا يصلح فلا
ينتقل اليه كما في الاكراه على الطلاق والعتاق لانه
يوقعهما بكلامه والمكرِه لا يصلح ان يكون الة له
فيه اذ لا يقدر ان يتكلم بلسان غيره والقاضي
لا يصلح ان يكون الة له فلا ينتقل اليه فان قيل
لما باشر سبب الفسخ وهو النكول او الاقرار بالعيب
كان راضيا بحكم السبب فلا يلزم بايعه قلنا
المسالة مفروضة فيما اذا اقر بالعيب وابى القبول
فرد عليه القاضي جبرا والفسخ لا يثبت باقراره ولا
بنكوله بل بقضا القاضي فينفذ قضاؤه في حق الكافة
فكان له ان يرده على بايعه لانه لما فسخ العقد
بينهما عاد اليه قديم ملكه كان له ان يرده لظهور
الفسخ في حق الكافة على ما بينا ولا يقال لو كان
القضا فسخا في الكافة لبطل حق الشفيع به في الشفعة
ولكان للبايع ان يدعي ولد المبيعة المولود
عند المشتري قبل الفسخ او بعده فيما اذا كان المبيع
جارية حبلى ولبطلت الحوالة بثمنه على المشتري
لارتفاع العقد من الاصل فكانه لم يبع لانا نقول
حكم الفسخ يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى وهذه الاحكام

[illegible]

وهو

وهو ثبوت حق الشفعة وسقوط دعوة الاب وبراءة
ذمة المحيل كانت ثابتة قبل الفسخ بالبيع او بالحوالة
فلا ينتقض بالفسخ الا ترى ان الواهب اذا رجع
في الهبة كان فسخا في حق ما يستقبل من الاحكام لا في
حق ما مضى حتى لا يجب على الواهب زكاة ما مضى
من السنين وقال شيخ الاسلام خواهر زاده قول القايل
بان الرد بالقضا فسخ للعقد وجعل له كانه لم يكن
متناقضا لان العقد اذا جعل كان لم يكن لا ان فسخ
العقد بدون العقد لا يكون فاذا انعدم العقد
من الاصل انعدم الفسخ من الاصل فاذا انعدم
الفسخ عاد العقد لانعدام ما ينافيه فيتمكن في
هذه الدعوى دور وتناقض من هذا الوجه
لكن يقال يجعل العقد كان لم يكن في حق المستقبل
دون الماضي قال **ولو قبض المشتري المبيع
وادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن ولكن يبرهن او
حلف بايعه** اي لم يجبر المشتري على دفع الثمن
بمجرد دعوى العيب لاحتمال ان يكون صادقا فيه
فلا يجب عليه دفع الثمن لانه لو اجبر واخذ
منه الثمن ثم ربما يثبت المشتري العيب فيسترد
من البايع فيكون اشتغالا بما لا يفيد وفيه نقض
القضا فلا يصار اليه حتى يتبين حاله ولان المشتري
منكر وجوب دفع الثمن عليه حيث انكر تعين
حقه بدعوى العيب وكان وجوب دفع الثمن

اولا ليتعين حق البايع فيه بازائه حق المشترى
فى المبيع وقوله ولكن بيرهن اى يقيم البينة
لاثبات العيب وكيفية اثباته ان يقيم البينة
اولا ان العيب الذى يدعيه وجد بالمبيع عنده
اى عند المشترى لانه اذا لم يوجد العيب عنده
يحتاج الى اقامة البينة على ان هذا العيب كان
به عند البايع لاحتمال انه حدث عنده فلا
يستحق عليه الرد فاذا اثبت انه كان فيه عند
البايع نسخ العقد بينهما لثبوته فى الحالين عنده
وعند البايع وصورة التحليف ان يحلف البايع
ان هذا العيب لم يكن فيه عندك وذلك بعد
اقامة البينة انه وجد فيه عنده اى المشترى اى عند
المشترى لان البايع لا ينتصب خصما حتى يقيم
المشترى البينة على قيام العيب فى الحال على ما بينا
ولو لم يكن للمشترى بينة على وجود العيب عنده
وقيامه فى الحال هل يحلف البايع فعلى قول ابى يوسف
ومحمد يحلف لانه لو اقر به لزمه فاذا انكره ولان
الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا
التحليف عند العجز عنها فان حلف برى وان نكل
نسخ القاضى العقد بينهما لثبوت العيب فى الحالين
على ما بيناه ثبت قيام العيب للحال ثم يحلف
ثانيا على ان هذا العيب لم يكن فيه عنده فان
حلف برى وان نكل فسخ القاضى العقد بينهما

لثبوت

لثبوت العيب فى الحالين على ما بيناه فى البينة واختلف
المشايخ على قول ابى حنيفة رحمه الله فقال بعضهم
يحلف لما ذكرنا وقال بعضهم لا يحلف وهو الاصح لان
الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا تصح الدعوى
الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام
العيب عنده ولا يلزم من ترتب البينة ترتب
اليمين كما فى الحدود والاشيا الستة وهذا لان
البينة للالزام فلا يشترط فيه تقدم الدعوى
واليمين لقطع الخصومة فلا بد من الدعوى
الصحيحة وذلك بقيام العيب فيه لان التحليف
شرع لدفع الخصومة المتحققة لا لانشائها
ولو حلف البايع هنا لا تنقطع الخصومة بينهما
بل تنشا لانه اذا نكل ثبت قيام العيب به فى الحال
ثم ينشا خصومة اخرى فيحلف ثانيا على انه
لم يكن عنده على ما بينا ويرد على هذا مسالة
الشفعة وهى ان الشفيع اذا تقدم الى القاضى
وطلب الشفعة فان القاضى يسال المدعى عليه
عن التى يشفع بها فان اقر بانها ملكه صار
خصما فيساله هل ابتاع ام لا وان لم يقر ولم يكن
للشفيع بينة انها ملكه استحلف المشترى
ما يعلم انها ملكه فان نكل ثبت انها ملكه
ثم ينشا خصومة اخرى فان القاضى يساله
هل ابتاع ام لا وهذا تحليف لانشا الخصومة

ذكره القدوري ولم يحك فيه خلافا قال **وان قال**
شهودي بالشام دفع ان حلف بايعه اي اذا قال
المشتري شهودي في الشام استحلف البايع فان
حلف دفع اليه الثمن لان في الانتظار ضررا بالبايع
وليس في دفع الثمن اليه كبير ضرر على المشتري
لانه على حجته متى اقام البينة رد عليه المبيع
واخذ منه الثمن وان نكل البايع لزم العيب لانه
حجة فيه بخلاف الحدود حتى لا يكون النكول
فيها حجة ولهذا لم يحلف فيها وكيفية التحليف
ما بينا قال **وان ادعى اباقا لم يحلف بايعه**
حتى يبرهن المشتري انه ابق عنده فان برهن
حلف بالله ما ابق عندك قط اي اذا ادعى
المشتري ان العبد الذي اشتراه ابق فانكر
البايع واراد المشتري تحليفه لا يحلف البايع
حتى يقيم المشتري بينة انه ابق عند نفسه
فان اقام حلف لما ذكرنا ان البايع لم ينتصب خصما
حتى يثبت المشتري ان العيب وجد فيه عند
المشتري وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما
يحلف وقد بيناه انفا وقوله ما ابق عندك قط
فيه ترك النظر للمشتري والاحوط ان يحلف بالله
ما ابق قط او بالله ما يستحق عليك الرد من
الوجه الذي ذكره او بالله لقد سلمه وما به
هذا العيب لانه يحتمل انه باعه وقد كان

ابق

ابق عند غيره وبه يرد عليه وفيما ذكره ذهول
عنه ولو كان الدعوى في اباق العبد الكبير
يحلف بالله ما ابق منذ بلغ الرجال لان الاباق
في الصغر يزول بالبلوغ فلا يوجب الرد
على ما بيناه من قبل ولا يحلف بالله لقد باعه
وما به هذا العيب لانه يوهم تعلقه بالشرطين
فيتأوله في اليمين عند قيامه في احدى الحالتين
وهي حالة التسليم وانما كان التحليف على البتات
وان كان التحليف على فعل الغير على العلم لان
البايع يدعي تسليمه سليما فيكون مدعيا به
للعلم به فيحلف على ما يدعي الا ترى ان المودع
لو قال ان المودع قبض الوديعة يحلف على البتات
لادعايه العلم بذلك وان كان القبض فعل غيره
وكذا الوكيل لو ادعى ان الموكل قبض الثمن حلف على
البتات لما قلنا وانما يحلف على العلم ان لو ادعى انه
لا علم له به وهذا في العيوب التي لا تظهر للقاضي ولا
يعرف انها حادثة عند المشتري ام لا واما العيوب
التي لا يحدث مثلها كالاصبع الزايدة والناقصة
فان القاضي يقضي بالرد من غير تحليف لتيقنه بوجوده
عند البايع الا اذا ادعى البايع رضى المشتري به واثبته
بطريقه وحاصله ان العيوب انواع احدها ان يكون
ظاهرا للحاكم فحكمه ما ذكرنا والثاني ما لا يعرفه الا
الاطبا كوجع الكبد والطحال فمعرفته اذا انكر

قد يحدث بعد البيع قبل التسليم
فهو يوجب الرد وكذا الا يحلفه
بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا
العيب لانه صح

البايع بقول الاطبا فيقبل في قيام العيب للحال
وتوجه الخصومة قول واحد منهم عدل
ثم لا بد من عدلين لاثباته عند البايع فيرد
عليه اذا لم يدع الرضا به والثالث عيب لا
يعرفه الا النسا كالرتق والعفل فيقبل
في قيامه للحال قول امراة واحدة ثقة ثم
ان كان بعد القبض لا يرد بقولهن من غير
يمين البايع والرابع عيوب غير ظاهرة للقاضي
ولا تختص بمعرفتها الاطبا ولا النسا كالاباق
ونحوه فحكمها ما ذكرنا قال والقول في قدر
المقبوض للقابض لانه هو المنكر حتى اذا رد
المشتري بعيب جارية او عبدا بعد القبض
فقال البايع كنت بعتك معه غيره وقال
المشتري بعتنيه وحده فالقول قول المشتري
لان القول للقابض امينا كان او ضمينا كالغاصب
والمودع ولان البايع يدعي بقا بعض الثمن
في ذمته وهو حصة الاخر والمشتري ينكره
فالقول قول المنكر مع يمينه وكذا لو اتفقا
على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا
قال ولو اشترى عبدين صفقة فقبض احدهما
ووجد باحدهما عيبا اخذهما او ردهما يعني
ليس له ان ياخذ السليم ويرد المعيب بل
ياخذهما او يردهما لان في اخذ احدهما

بل لا بد من تحليف البايع وان كان قبله فكذلك عند محمد وعند ابي يوسف يرد بقولهن ع

فالقول قول المشتري لان القول للقابض امينا كان او ضمينا كالغاصب والمودع ع
ولان البايع يدعي عليه بعض الثمن وهو ينكر ع

تفريق

تفريق الصفقة قبل التمام لان الصفقة تتم
بقبضهما والتفريق في القبض كالتفريق في
القبول لان القبض له شبه بالعقد لكونه
مفيدا ملك التصرف كالملك الرقبة وعن ابي
يوسف انه اذا وجد العيب بالمقبوض له
ان يرده وحده لان الصفقة تمت فيه لتناهيها
في حقه قلنا تمام الصفقة تعلق بقبض
المبيع وهو اسم لكله فلا يقبل التجزي في
الاتمام الا ترى ان حبس المبيع لما تعلق ببطلانه
بقبض الثمن لا يسقط الا بقبض كله ويبقى
ببقا جزئه فكذا اتمام الصفقة لما تعلق
بطلانه بقبض المبيع لا يتم ببقا جزء منه
اذ هي لا تقبل التجزي في هذا المعنى قال
ولو قبضهما ثم وجد باحدهما رد المعيب فقط
اي لو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا رد المعيب
وحده وقال زفر ليس له ان يرده وحده
لان فيه تفريق الصفقة ويتضرر البايع به
لان العادة جرت بضم الجيد الى الردي فاشبه
ما قبل القبض وخيار الروية والشرط
ولنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لان
الصفقة تتم بالقبض لان العيب لا يمنع تمام
الصفقة فيكون الفسخ بعده ابتدا في ملك
المشتري من كل وجه فلا يمنع التفريق

مؤكدا م

عيبا ع

فيقتصر على ما وجد فيه علة الرد الا ترى انه
لو استحق احدهما بعد القبض لم يتخير في الباقي
لتمامه بالقبض وان استحق قبله كان له
ذلك كي لا تتفرق عليه الصفقة قبل التمام
بخلاف خيار الشرط والرؤية لان الصفقة لا تتم
معهما وان كان بعد القبض لعدم تمام الرضا
وتضرر البائع من قبل تدليسه فلا يعتبر في
حق المشتري كذا ذكر خلاف زفر في المبسوط
وغيره وذكر في المختلف ان له ان يفرق
قبل القبض اذا وجد باحدهما العيب عند
زفر كما لو وجد به عيبا بعد القبض فانه يرده
خاصة فكذا قبله وهذا مشكل وفيه تفاوت
كبير فانه اذا امتنع التفريق بعد القبض وقد
تم العقد فيه كان قبله اولى لان الصفقة
لم تتم هذا اذا كان كل واحد منهما يمكن الانتفاع
به على الانفراد وان كان لا ينتفع باحدهما
دون الاخر كزوجي الخف ومصراعي الباب ليس
له ان يرد احدهما دون الاخر وان كان بعد
القبض بالاجماع وعلى هذا لو اشترى زوجي
ثور فوجد باحدهما عيبا بعد القبض فان كان
الف احدهما الاخر بحيث لا يعمل بدونه
لا يملك رد المعيب وحده قال **ولو وجد ببعض**
الكيل او الوزن عيبا رده كله او اخذه يعني

اذا



اذا كان من نوع واحد لان المكيل والموزون
اذا كان من جنس واحد كشيء واحد حكما وتقديرا
وان كان اشياء حقيقة لان المالية والتقوم
في المكيلات والموزونات باعتبار الاجتماع
والانضمام اذ الحبة الواحدة ليست بمتقومة
حتى لا يجوز بيعها فاذا كانت المالية
باعتبار الاجتماع صار الكل في حق البيع
كشيء واحد ولهذا يسمى باسم واحد وهو الكر
ونحوه ولهذا جعل رؤية بعضه كرؤية كله
كالثوب الواحد فاذا كان كالشيء الواحد
ليس له ان يأخذ البعض سواء كان قبل
القبض او بعده كالثوب الواحد اذا وجد
ببعضه عيبا بخلاف العبدين على ما بينا
ولا فرق بين ان يكون في وعاء واحد او
وعائين وقيل اذا كان في وعائين يكون بمنزلة
عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب
وحده قال **ولو استحق بعضه لم يخير في رد**
ما بقي ولو ثوبا خير يعني لو استحق بعض المكيل
او الموزون لم يخير في رد الباقي ولو استحق
بعض الثوب خير في رد ما بقي لان الشركة
في المكيل والموزون لا تعد عيبا لان التبعيض
لا يضرهما والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة
لان العقد حق العاقد وتمامه برضى العاقد

لا برضى المالك بخلاف الثوب حيث يثبت له الخيار
فيما اذا استحق بعضه لان التشقيص فيه
عيب وقد كان وقت البيع فيرده وهذا
اذا كان بعد القبض واما اذا استحق بعض
المكيل او الموزون قبل القبض فله ان يرد
مابقي لتفرق الصفقة على المشتري قال
والبس والركوب والمداواة رضا بالعيب
لانه دليل استبقايه وامساكه وكذا
الاجارة والرهن والكتابة والعرض على
البيع والسكنى بخلاف خيار الشرط فان اللبس
ونحوه ليس دليل اختياره الملك فيه فان
الاختيار هناك شرع للاختبار والركوب
واللبس مرة يحتاج اليه للاختبار فلو جعل اختيارا
للاجازة لفاتت فايدة خيار الشرط واما خيار
العيب فلم يشرع للاختبار وانما شرع للرد ليصل
الى راس ماله عند العجز عن الوصول الى الجزء
الفايت فاذا تصرف فيه تصرفا لا يحل بلا ملك
جعل ممسكا لوجود دليل الامساك والرضى
قال رحمه الله لا الركوب للسقي او للرد
او لشرا العلف اي لا يكون الركوب لسقيها الماء
او ليردها على البايع او ليشتري لها العلف رضا
بالعيب وهذا استحسان لانه يحتاج اليه وقد
لا ينقاد ولا تنساق فلا يكون دليل الرضا

الا

الا اذا ركبها في حاجة نفسه وقيل انما يليه اذا لم
يكن له بد من الركوب بان كان العلف في عدل
واحد او لا تنساق ولا تنقاد وقيل الركوب
للرد لا يكون رضا كيف ما كان لانه سبب
الرد ولغيره يكون رضى الا عن ضرورة قال
ولو قطع المقبوض بسبب عند البايع رده
واسترد الثمن معناه لو اشترى عبدا قد
سرق ولم يعلم بها فقطع عند المشتري له
ان يرده وياخذ الثمن وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا رحمهم الله ليس لهم ان يرده
لحدوث العيب عنده وهو القطع غاية
الامر انه قطع بسبب كان عنده لكن القطع
غير الوجوب فكان بمنزلة عيب حادث عند
المشتري فتعذر الرد وتعين الرجوع بالنقصان
كما اذا اشترى جارية حبلى فماتت في يد
المشتري بالولادة فانه يرجع بالنقصان
فكذا هذا وهذا لان الموجود في يد البايع سبب
القطع وانه لا ينافي المالية فينعقد البيع فيه
لكنه متعيب وقد حدث فيه عند المشتري
عيب فيرجع بنقصانه وهو ما بين قيمته
سارقا الى غير سارق بان يقوم سارقا وغير
سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن وعلى هذا
الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البايع من قتل

قوله ولم يعلم رواية وبيان ان عند ابي حنيفة
لا فرق بين ان يعلم او لا يعلم لانه تغير
الاستحقاق لا من قبيل العيب

قوله ولو مات ليس بنقض
عطف على قوله ولهذا
يقع البيع وتعليل الوقوع
البيع صحيحا بتقرر
ولهذا

نفس او قطع طريق او ردة لان وجوبه
لاينا في المالية ولهذا يقع البيع صحيحا ولو مات
في يد المشترى يتقرر الثمن عليه ولو تصرف
فيه نفذ تصرفه ولابي حنيفة ان سبب
الوجوب وجد في يد البايع والوجوب يفضي
الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب
السابق فصار كما اذا قتل المغصوب بعد
الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وروى
ابن المنذر عن ابي حنيفة رحمه الله انه
لو اشترى جارية حبلى فولدت عند المشترى
وماتت من الولادة يرجع بجميع الثمن ولم يحك
فيه خلافا قلنا ان نمنع ولئن سلم فالسبب الذى
كان عند البايع يوجب انفصال الولد لا موت الام
اذ الغالب في الولادة السلامة ولو مات بسبب
القطع عند المشترى يرجع بنصف الثمن لان
اليد من الادمي نصفه فيجب عليه من بدله بحسابه
لانها هي المستحقة بالسرقة والنفس غير مستحقة
في يد البايع الا ترى انها تحسم ولا تقطع في البرد
الشديد ولا في الحر الشديد توقيا عن الهلاك
فقبض المشترى لا ينتقض في النصف وان سرى
الى النفس بخلاف ما اذا قتل عنده بسبب يوجب
القتل عند البايع لان النفس صارت مستحقة
في يد البايع فينتقض به قبض المشترى ويرجع

بالثمن

بالثمن ولو اختار المشترى ان يمسك العبد رجع
بنصف الثمن لان القطع بسبب كان عند البايع
كالاستحقاق فلا يمنع الرجوع بالثمن عند اختيار
الاخذ بخلاف العيب على ما بيناه ولو مات بعد
القطع حتف انفه يجب ان يرجع بنصف الثمن
عنده لانه كالاستحقاق على ما بينا ولو سرق
عند البايع ثم عند المشترى فقطع بهما يرجع
بالنقصان عندهما على الوجه الذى بينا وعنده
لا يرده بغير رضا البايع للعيب الحادث عنده
ولكن يرجع بربع الثمن لان اليد قطعت بهما
فيرجع بقدر ما فات بسبب كان في يد البايع
وان رضي البايع باخذه يرجع بثلاثة ارباع
الثمن ويسقط الربع لانه فات بسبب كان في
يد المشترى فلا يرجع به على احد ولو تداولته
الايدى فقطع عند الاخير او قتل يرجع الباعة اى البايعون
بعضهم على بعض عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما
يرجع الاخير على بايعه بالنقصان ثم هو لا يرجع
على بايعه واصل الخلاف ان القطع والقتل بسبب
كان في يد البايع استحقاق عنده وفيه يرجع
الباعة بعضهم على بعض حتى ينتهى الى الاول وعندهما
عيب فيرجع من لم يفوت الرد بالبيع وهو الاخير
على بايعه ثم هو لا يرجع على بايعه لانه فوت
الرد بالبيع قبل امتناع الرد برضاه وثمرة الخلاف

تظهر في هذا وفيما اذا اشتراه وهو عالم بوجوب
القتل او القطع فانه لايبطل حقه لان العلم
بالعيب رضا به وفيما اذا اعتقه المشتري ثم
قتل او قطعت يده فانه لايرجع عنده بشي
لعدم فوات المالية به وعندهما يرجع
بالنقصان على ما بيناه من قبل ولا يقال
ينتقض قول ابي حنيفة رحمه الله بما اذا اشتراه
عبدا مريضا ومات عنده وبما اذا قطع عند
البايع ثم باعه ومات عند المشتري به وبما
اذا زنا عند البايع ثم باعه وجلد عند
المشتري فمات به حيث لا يرجع في هذه المواضع
الا بالنقصان عنده مثل قولهما وان مات بسبب
كان عند البايع لانا نقول المريض والمقطوع
عند البايع ماتا بزيادة الالام وتزادفها عند
المشتري وهي لم توجد عند البايع وزنا العبد
يوجب الجلد والقتل غيره فلا يؤاخذ البايع
بما لم يكن عنده بخلاف ما تقدم قال ولو برى
من كل عيب صح وان لم يسم الكل ولا يرد بعيب
وقال الشافعي رحمه الله لا يصح الا ان يعد العيوب
وفي جواز البيع بهذا الشرط له قولان وعدم صحة
البراة من كل عيب عنده بنا على ان الابرا عن
الحقوق المجهولة لا تصح عنده لان في الابرا معنى
التمليك حتى يرتد بالرد ولا يصح تعليقه

بالشرط وتمليك المجهول لا يصح كبيعه ونحن
نقول هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة
فلا يمنع الصحة وكان ابن ابي ليلى يقول لا تصح
البراة من العيب مع التسمية ما لم يريه
المشتري وقد جرت بينه وبين ابي حنيفة
رحمه الله في مجلس ابي جعفر الدوانيقي فقال
له ابو حنيفة رحمه الله ارايت لو باع جارية
في موضع المأتى منها عيب او غلاما في ذكره
عيب اكان يجب على البايع ان يري المشتري
ذلك الموضع منها او منه ولم يزل يجادله به
هكذا حتى افحمه وضحك الخليفة وقال محمد
رحمه الله لا يدخل فيه العيب الحادث قبل
القبض وهو قول زفر لان البراة تتناول
الثابت قلنا الغرض فيه الزام العقد باسقاط
حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراة
عن الموجود والحادث وهذا لانه لا حق له
قبل البايع وقت البيع ليملكه او ليبريه بل هذا
بيان لايجاد العقد على وجه لا يوجب استحقاق
السلامة والعقد قابل لذلك كما لو اشترى
معيبا وهو يعلمه وهذا بنا على انه لو باعه بشرط
البراة من كل عيب يحدث به بعد البيع قبل القبض
لا يصح عند محمد رحمه الله لانه قبل وجود سببه
كالابرا عن كل حق قبله فانه يدخل فيه الحق

القايم لا غير وعند ابي يوسف رحمه الله يصح لان
غرضهم ايجاد العقد على وجه لا يستحق فيه سلامة
المبيع عن العيب ولو شرط البراة من كل عيب به لم
ينصرف الى الحادث في قولهم جميعا لانه غير الموجود
وقت العقد بالبراة والله اعلم بالصواب
باب البيع الفاسد البيع على اربعة
اقسام صحيح وهو المشروع باصله ووصفه ويفيد
الحكم بنفسه اذا خلى عن الموانع وباطل وهو غير
مشروع اصلا وفاسد وهو مشروع اصله دون (بمجرد العقد)
وصفه وهو يفيد الحكم اذا اتصل به القبض وموقوف
وهو يفيد الحكم على سبيل التوقف وامتنع تمامه
لاجل غيره وهو بيع ملك الغير قال لم يجز بيع
الميتة والدم والخنزير والخمر والحر وام الولد والمدبر
والمكاتب لعدم ركن البيع وهو مبادلة المال
بالمال وبيع هذه الاشيا باطلة لما ذكرنا قال
فلو هلك عند المشتري لم يضمن لان العقد الباطل
غير معتبر فبقي القبض باذن المالك وقيل يضمن
لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء
وقيل الاول قول ابي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما
والاصل فيه ان بيع ما ليس بمال عند احد كالحر والدم
والميتة التي ماتت حتف انفها والمدبر وام
الولد والمكاتب باطل وان كان مالا عند البعض
كالخمر والخنزير والميتة التي لم تمت حتف انفها (جراحة)

مثل الموقوذة فان هذه الاشيا مال عند اهل
الذمة فان بيعت بالدين (جواب قوله وان كان مالا عند البعض) فهو باطل وان
بيعت بعين فهو فاسد في حق ما يقابلها حتى
يملك ويضمن بالقبض باطل في حق نفسها
حتى لا تضمن ولا يملك بالقبض لانها غير متقومة
لما ان الشرع امر باهانتها وفي تملكها بالعقد مقصودا
اعزاز لها فكان باطلا وذلك بان يشتريها بدين
في الذمة لان الثمن من الدراهم والدنانير غير
مقصود وانما هي وسايل والمقصود تحصيلها فكان
باطلا اهانة لها وان لم تكن مقصودة بان كانت
في الذمة كان فاسدا لان المقصود تحصيل ما
يقابلها وفيه اعزاز له لا لها لان الثمن تبع لما
ذكرنا والاصل هو المبيع وكذا اذا كانت معينة
وبيعت بعين مما يعينه صار فاسدا في حق ما
يقابلها باطلا في حقها وجلد الميتة كالخمر
فيما ذكره صاحب المحيط لانه مرغوب فيه بين
الناس فصار مالا من وجه كالخمر وغيرها وجعله
البزدوي كالميتة لانه جزوها وجعل صاحب
الهداية وغيره بيع ام الولد والمدبر والمكاتب
من الباطل لان استحقاق العتق قد ثبت
لام الولد بقوله عليه الصلاة والسلام اعتقها (ولدها)
ولدها وسبب الحرية انعقد في حق المدبر المطلق
في الحال لبطلان اهلية المولى بعد موته والمكاتب

من الباطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام
الولد فنزلت استحقت يدا على نفسه وخرج
من يد المولى ولو ثبت فيه الملك لبطل ذلك
كله ولو بيع المكاتب برضاه صح في الاظهر
فتنفسخ الكتابة اقتضا لانها تقبله بخلاف
المدبر وام الولد وقال في الايضاح اذا كان
احد البدلين مدبرا او مكاتبا او ام ولد
ملك ما يقابله بالقبض لان الملك قايم
بالمحل وانما لا يصح البيع لحقه في نفسه فاعتبر
ذكره في حق ما يقابله فانعقد العقد وهذا
هو الصواب لانهم يدخلون في العقد حتى لا يبطل
البيع فيما ضم الى واحد منهم وبيع معه ولو
كان كالحر لبطل ويؤول ما ذكره صاحب الهداية
على انه باطل في حق نفسه لا في حق ما يقابله
ولو مات المدبر او ام الولد في يد المشتري
فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
عليه قيمتهما لانهما مقبوضان بجهة البيع
وهما مال حقيقة ولهذا ابطل ما ضم اليهما
في البيع فيضمنان به ضرورة كسائر
الاموال بخلاف المكاتب لانه في يد
نفسه فلا يتحقق فيه القبض وهذا الضمان
يجب به وله ان شبهة البيع انما تتحقق
بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان

حقيقة

حقيقة البيع فصارا كالمكاتب ولهذا دخولهما
في البيع في حق انفسهما بل ليثبت حكم البيع
فيما ضم اليهما كمال المشتري لا يدخل فيه
وحده ويدخل في حق ما ضم اليه وقيل
لا يدخل ويفسد البيع وبه كان يفتي ظهير
الدين والاول اصح لان دخوله فيه في حق
ما ضم اليه حتى ينقسم الثمن عليهما لا غير وروى
المعلى عن ابي حنيفة رحمه الله انه يضمن قيمة
المدبر دون ام الولد كما في الغصب والفرق
له على الظاهر ان جهة البيع هي المعتبرة هنا
فاذا بطلت لعدم محله بقي القبض باذن
مالكه فلا يجب الضمان بخلاف الغصب
قال **والسمك قبل الصيد** اي لا يجوز بيع
السمك قبل الاصطياد لما روي انه عليه
الصلاة والسلام نهى عن بيع الغرر رواه
احمد ومسلم وابو داود وغيرهم وعن
ابن مسعود انه عليه الصلاة والسلام
قال لا تشتروا السمك في الماء فانه غرر رواه
احمد ولانه باع ما لا يملك فلا يجوز وهو على
وجهين اما ان يبيعه قبل ان يأخذه او بعده
فان باعه قبل الاخذ لا يجوز لما بينا وان اخذه
ثم القاه في الحظيرة فان كانت الحظيرة كبيرة
بحيث لا يمكن اخذه الا بحيلة لا يجوز لانه باع

ما لا يقدر على تسليمه فلو سلمه بعد ذلك ينبغي
ان يكون على الروايتين اللتين في بيع
الآبق بناء على انه باطل او فاسد وان كانت
صغيرة بحيث يمكن اخذه بغير حيلة جاز
لانه باع ملكه وهو مقدور التسليم ويثبت
للمشتري خيار الرؤية عند التسليم
له ولا يعتد برؤيته وهو في الماء لان السمك
يتفاوت في الماء وخارجه وكذا لو دخل
السمك الحظيرة (بالزريبة) باحتياله بان سد عليه
فوهة النهر وسد موضع الدخول حتى لا
(متعلق بقوله وكذا لو دخل السمك اه)
يمكنه الخروج على هذا التفصيل لانه لما ان
احتبس فيه باحتياله صار اخذاله وملكه
بمنزلة ما لو القاه فيه وقيل لا يجوز لان هذا
القدر ليس باحراز له فصار كطير دخل البيت
فاغلق عليه الباب وهذا الخلاف فيما اذا لم
يهيء الحظيرة للاصطياد فان هيأها له ملكه
بالاجماع فيكون على ما ذكرنا من التفصيل فان
اجتمع السمك في الحظيرة بنفسه من غير صنعه
ولم يسد عليه المدخل لا يجوز بيعه سواء امكنه
الاخذ بغير حيلة او لا لانه لم يملكه قال
والطير في الهوى لانه غير مملوك له قبل
الاخذ وبعده غير مقدور التسليم وهذا
اذا كان يطير ولا يرجع وان كان له وكر

عنده

عنده يطير منه في الهوى ثم يعود اليه جاز
بيعه لانه يمكن اخذه من غير حيلة وعلى هذا
لو باع صيدا قبل اخذه لا يجوز وبعده
يجوز ان كان في يده او محبوسا في مكان
يمكن اخذه من غير حيلة وان لم يمكن الا
بحيلة لا يجوز لعدم القدرة على التسليم
ولو اخذه وسلمه ينبغي ان يكون فيه روايتا ت
على نحو ما ذكر في الآبق ولو اجتمع في ارضه
الصيد فباعه من غير اخذه لا يجوز لانه لم
يملكه وكذا لو باض فيها صيد او تكنس
او تكسر يكون لمن اخذه لعدم ملكه
اياه بخلاف ما اذا عسل فيه النحل
حيث يملكه لان العسل قائم بارضه
على وجه القرار كالاشجار ولهذا وجب في
العسل العشر اذا كان في ارض العشر كالثمار
هذا اذا لم يهيء ارضه لذلك فان هياها
له بان حفر فيها بيرا للاصطياد او نصب
شبكة فدخل فيه صيد او تعقل به ملكه
لان التهيئة احد اسباب الملك الا ترى
انه لو خط فسطاطا لينفع فيه المطر فوقع
فيه ملكه وكذا لو بسط ذيله عند النثار
لينفع فيه ما يلقى المنثور ملكه بالوقوع وفي
النهاية لو دخل الصيد داره فاغلق

علية الباب كان الصيد له ولم يحك فيه
خلافا وعلى قياس ما ذكر في الكافي في الطير
لا يكون له وقد ذكرناه من قبل ويجوز
ان يكون في المسألة روايتان والا فلا
فرق بينهما قال **والحمل والنتاج** فالحمل
ما كان في البطن والنتاج ما يحمله هذا الحمل
لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع حبل
الحبلة رواه مسلم واحمد وابو داود
وفي رواية نهى عن بيع حبل الحبلة وحبل
الحبلة ان تنتج الناقة ما في بطنها ثم تحبل
التي نتجت رواه ابو داود ونهى رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن شرا ما في بطون الانعام
حتى تضع وعن بيع ما في ضروعها الا بكيل وعن
شراء العبد وهو ابق وعن شرا المغانم حتى
تقسم وعن شرا الصدقات حتى تقبض وعن
ضربة الغائص رواه احمد وابن ماجه
والترمذي ولان فيه غررا وقد نهى عنه
عليه الصلاة والسلام على ما بينا والغرر
هو ما يكون مجهول العاقبة لا يدري ايكون
ام لا والحبلة هو الحبل وهو مصدر سمي به
الجنين كما سمي بالحمل وهو مصدر وانما دخلت
عليه التا للاشعار بالانوثة فيه لان معناه
ان يبيع ما سيحمله الجنين ان كان انثى وكانوا

في

في الجاهلية يتبايعون ذلك فنهاهم عنه عليه
الصلاة والسلام قال **واللبن في الضرع** لما روينا
ولما روي انه عليه الصلاة والسلام نهى ان
يباع تمر حتى يطعم وصوف على ظهر ولبن
في ضرع او سمن في لبن رواه الدارقطني ولانه
يزيد ساعة فساعة فيختلط المبيع بغير
المبيع ولانهم يختلفون في كيفية الحلب
فيؤدي الى النزاع ولانه يحتمل ان يكون
انتفاخا من الريح وليس فيه لبن قال **واللؤلؤ
في الصدف** لان فيه غررا وقد نهى عنه عليه
الصلاة والسلام لا يدري انه مجهول لا يعلم
وجوده فيه ولا قدره ولانه لا يمكن تسليمه
الا بضرر وهو كسر الصدف وعن ابي يوسف
رحمه الله انه يجوز بيعه لان الصدف
لا ينتفع به الا بالكسر فلا يعد ضررا قلنا
هو مجهول بخلاف ما اذا باع تراب الذهب
والحبوب في غلافها حيث يجوز لكونها معلومة
ويمكن معرفتها بالبعض ايضا قال **والصوف على
ظهر الغنم** لما روينا ولانه قبل الجز ليس بمال
متقوم في نفسه لانه بمنزلة وصف الحيوان
لقيامه به كسائر اطرافه ولانه يزيد من
اسفل فيختلط المبيع بغيره كما قلنا في اللبن
بخلاف القوائم لانها تزيد من اعلاها فيعرف

ذلك بالخضاب وبخلاف القصيل لانه يقلع والعروق
يقطع فينبتنا زعان في موضعه وعن ابي يوسف انه
يجوز بيعه لانه مال متقوم منتفع به معقود
التسليم كسائر الاموال بخلاف اطراف الحيوان
لانه لا يمكن الانتفاع بها الا بعد الذبح فصار مالية
اللحم فيها متعلقا بفعل شرعي لم يوجد قبله وكونه
مقطوعا لان نبرله كما في الكراث وقوائم الخلاف
للتفاصل اذ لا ضرر فيه فلا يلحق بالمنصوص عليه قال
والجذع في السقف وذراع من ثوب لانه لا يمكنه
التسليم الا بضرر يلزمه سواء ذكر موضع القطع
او لم يذكر ولا يقال هو بنفسه التزم الضرر
لان الالتزام بدون العقد غير لازم والعقد
لم يوجب الضرر فيمكنه الرجوع فيتحقق النزاع
بخلاف ما اذا باع بعضا معلوما من نقرة فضة
حيث يجوز لان التبعيض لا يضره ولو قلع البايع
الجذع او قطع الثوب وسلمه عاد صحيحا ان كان
قبل فسخ المشتري البيع لزوال المانع من الفساد
بخلاف ما اذا باع جلد الحيوان وذبحه وسلمه
حيث لا يعود صحيحا لان الفساد فيه لعدم
المالية على ما بيناه في اطراف الحيوان ونظيره ما
لو باع خمرا ثم تخللت وبخلاف ما اذا باع بزرا
في بطيخ ونحوه حيث لا يجوز وان شقه وسلمه
لان فساده لاحتمال العدم فلا يعود صحيحا

بخلاف

بخلاف الحبوب في غلافها حيث يجوز بيعها وان كانت
مستورة لان وجودها معلوم ولهذا يسمى به
فيقال هذا باقلا وهذه حنطة ولا يقال للبطيخ
هذا بزر وهو الفارق وهذا في ثوب يضره القطع
كالمهيأ للبس وان كان لا يضره القطع جاز بيع
ذراع منه كالقفيز من الصبرة قال وضربة
القانص وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة
او بغوص الصايد في الماء لما روينا فيه متصلا
ومجملا وهو النهي عن الغرر ولانه مجهول القدر
والصفة فلا يجوز قال والمزابنة وهو بيع
الثمر على رأس النخل بتمر مجدود مثل كيله
خرصا لحديث انس انه عليه الصلاة والسلام
نهى عن المحاقلة والمخاضرة والمنابذة والملامسة
والمزابنة رواه البخاري والمزابنة ما ذكرناه
والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل
كيلها خرصا والمخاضرة بيع الثمار قبل ان
تنتهي ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا
يجوز بطريق الخرص كما لو كانا موضوعين على الارض
وكذا بيع العنب بالعنب خرصا لا يجوز وقال الشافعي
رحمه الله يجوز فيما دون خمسة اوسق لما روي
انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع المزابنة
بيع الثمر بالتمر الا لاصحاب العرايا فانه قد
اذن لهم رواه البخاري والترمذي وزاد فيه

وعن بيع العنب بالزبيب وعن كل تمر بخرصه
ولنا ما روينا وقوله عليه الصلاة والسلام
الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر
بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح
بالملح مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد واستزاد
فقد اربى الآخذ والمعطي فيه سوا رواه البخاري
واحمد وامثاله من النصوص لا يحصى كلها
مشهورة وتلقتها الامة بالقبول فلا يجوز
تركها وهذا لان المساواة واجبة بالنص
والتفاضل محرم به وكذا التفرق قبل قبض
البدلين فلا يجوز ان يباع جزافا ولا اذا
كان احدهما متاخرا كما لو كان اكثر من خمسة
اوسق وهذا لان احتمال التفاضل ثابت
فصار كما لو تفاوتا ونابتين او كانا موضوعين
في الارض ومعنى العرايا فيما رواه العطايا
وتفسيره ان يهب رجل ثمرة نخلة من بستانه
ثم يشق على المعري دخول المعرى له في بستانه
كل ساعة ولا يرضى ان يخلف الوعد ويرجع
فيه فيعطيه قدره تمرا مجدودا بالخرص
وهو جائز عندنا لان الموهوب له لم يملك
الثمرة لعدم القبض فصار بايعا ملكه بملكه
وهو جائز لا بطريق المعاوضة وانما هو هبة
مبتداة وسمي ذلك بيعا مجازا لانه في الصورة

عوض

عوض ما اعطاه او لانه انه اتفق في الواقعة
خمسة اوسق او دونه فظن الراوي ان الرخصة
مقتصرة عليه فنقل كما وقع عنده وسكت عن
السبب كذا فسره اهل الفقه والحديث فكان
الحمل عليه اولى كي لا يكون مخالفا للمشاهير ويحتمل
ان الراوي ظن انه بيع قال رحمه الله تعالى
والملامسة والقا الحجر وهذه من البيوع التي
كانت في الجاهلية وهو ان يتساوم الرجلان
السلعة فاذا لمسها المشتري او نبذها اليه
البايع او وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع
فالاول بيع الملامسة والثاني بيع المنابذة
والثالث القا الحجر وقد نهى عليه الصلاة والسلام
عنها لما روينا وعن ابي سعيد انه عليه الصلاة
والسلام نهى عن الملامسة والمنابذة في البيع
والملامسة لمس الرجل ثوب الآخر بيده بالليل
او بالنهار ولا يقلبه والمنابذة ان ينبذ الرجل
الى الرجل بثوبه وينبذ الآخر بثوبه ويكون
ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراض رواه البخاري
ومسلم واحمد ولان فيه تعليقا للتمليك بالخطر
فيكون قمارا فصار في المعنى كانه قال للمشتري
اي ثوب القيت عليه الحجر فقد بعتكه وفي المغرب
بيع الملامسة واللماس ان يقول لصاحبه
اذا لمست ثوبك او لمست ثوبي فقد وجب

البيع وفي المنتقى عن ابي حنيفة رحمه الله هي ان تقول
بعتك هذا المتاع بكذا فاذا لمستك وجب البيع
او يقول المشتري كذلك والمنابذة ان يقول اذا
نبذته اليك فقد وجب البيع وفي سنن ابي داود
الملامسة ان يمسه بيده ولا ينشره ولا يقلبه اليك او يقول المشتري اذا نبذته ع
قال وثوب من ثوبين لجهالة المبيع هذا اذا لم يشترط
فيه خيار التعيين وان اشترط فيه بان اشترى
احدهما على ان ياخذ ايهما شاء جاز وقد بينا
انه يجوز الى ثلاثة وحكمه اذا اقبضهما قال
والمراعي واجارتها اي لا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها
والمراد به الكلا دون رقبة الارض لان بيع
الارض واجارتها جايز اذا كان مالكها وانما لا يجوز
بيع الكلأ واجارته لانه ليس بمملوك له اذ لا يملكه
بنباته في ارضه ما لم يحوزه لقوله عليه الصلاة
والسلام المسلمون شركاء في ثلاثة في الما والكلا والنار
رواه احمد وابو داود ورواه ابن ماجه من حديث
ابن عباس وزاد فيه وثمنه حرام وهو محمول
على ما اذا لم يحوزه وقال عليه الصلاة والسلام
لا يمنع الما والنار والكلا رواه ابن ماجه ومعناه
ان لهم الانتفاع بشرب الما وسقي الدواب والاستقا
من الابار والحياض والانهار المملوكة وله ان يمنع
الناس عن الدخول في ارضه واذا طلب احد الما
يلزمه احد امرين اما ان يخليه يدخل فياخذ الما

والملامسة ان يقول المشتري او البائع اذا لمست ... وجب البيع

بنفسه

بنفسه او يخرج له هو فصار نظيرها لو وقع ثوب
انسان في دار غيره بهبوب الريح فيه وكذا الحكم
الاحتشاش من الاراضي المملوكة فان منعهم
من الدخول في ارضه فهو على ما ذكرنا في الما
من الحكم فاذا كان مباحا لا يجوز بيعه ولا اجارته
وان كان في ارضه لعدم الملك فيه ولانه استهلاك
العين والاجارة لا يجوز في استهلاك العين
المملوكة فغير المملوكة اولى واجيزت في الظير
والصبغ لكونهما آلة للعمل تبعا وضمنا وكم من شي
يجوز ضمنا وان لم يجز قصدا والحيلة فيه
ان يستاجر الارض لايقاف الدواب فيها
او لمنفعة اخرى بقدر ما يريد صاحبه من الثمن
او الاجرة فيحصل به غرضهما هذا اذا نبت
الحشيش بنفسه وان انبته صاحب الارض
بان سقاها او حدق حولها وهياها للانبات
ملكه وجاز بيعه وقيل لا يملكه حتى لا يجوز بيعه
قبل الاحراز لان الشركة ثابتة بالنص فلا ينقطع بدون
الحيازة ذكره في النهاية ويدخل في الكلا جميع انواع
ما ترعاه المواشي رطبا كان او يابسا بخلاف الاشجار
لان الكلأ اسم لما لا ساق له والاشجار لها ساق فلا
تدخل فيه حتى جاز بيعها اذا نبتت في ارضه لانه
يملكها بالنبات فيها والكماة كالكلا وكذا الجرات
ينتفعوا بضوء النار والاصطلا بها والايقاد منها

بدون رضا صاحبها دليل له ان ياخذ من الخمر شيا الا
برضى صاحبه قال والنحل وهذا عند ابى حنيفة
وابى يوسف وقال محمد والشافعى يجوز بيعها اذا كان
محرزا لانه حيوان منتفع به وان كان لا يوكل كالحمار
ولهما انه من الهوام فلا يصح بيعه كالزنبور وهوام
الارض والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا
به والنحل انما يصير مالا لكونه منتفعا به حتى لو باعه
مع الكوارة صح تبعا لها ذكره القدورى فى شرحه
وذكر الكرخى انه لا يجوز بيعه مع العسل وقال
النحل انما يدخل فى العقد تبعا لغيره اذا كان من
حقوقه كالشرب والطريق قال ويباع دود
القز وبيضه اى يجوز بيعهما وهذا عند محمد
وعند ابى حنيفة لا يجوز بيعهما وابو يوسف معه
فى الدود ومع محمد فى بيضه وقيل فيه ايضا معه
لابى حنيفة رحمه الله ان الدود من الهوام وبيضه
لا ينتفع به فاشبه الخنافس والوزغات وبيضها ولمحمد
ان الدود ينتفع به وكذا بيضه فى المآل فصار كالجحش
والمهر ولان الناس قد تعاملوه فمست الضرورة اليه
فصار كالاستصناع والفتوى على قول محمد كما ذكرنا
قال والابق اى لا يجوز بيعه وهو معطوف على ما قبل
دود القز لما روينا ولانه لا يقدر على تسليمه وهو
شرط لجوازه بخلاف العبد المرسل فى حاجته لثبوت
القدرة على التسليم وقت العقد حكما لان الظاهر

اى القدرة على التسليم

من

٥٩

من حاله عوده الى مولاه ولا كذلك الابق ولو باعه
ممن زعم انه عنده جاز لان النهى ورد فى الابق
المطلق وهو ان يكون ابقا عند المتعاقدين
وهذا ليس باٰبق فى حق المشترى اذ هو فى يده
فلا يتناوله النص المطلق اذ هو ليس بعاجز
عن تسليمه وهو المانع ثم لا يصير قابضا
بمجرد العقد اذا كان فى يده ان كان اشهد
عند الاخذ انه ياخذه ليرده على صاحبه لانه
امانة عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض
المبيع لان قبضه مضمون على المشترى الا ترى
ان المقبوض على سوم الشرا مضمون بالقيمة
ولكن وجوب الثمن فى المبيع مانع عن وجوب
القيمة فقبض الضمان اقوى من قبض الامانة
لتاكد قبض الضمان باللزوم والملك فان المشترى
لو امتنع عن قبض المبيع اجبر عليه والضمان يوجب الملك
من الجانبين على ما هو الاصل عندنا بخلاف قبض الامانة
فانه لا يجبر عليه ولا يوجب الملك فكان اضعف فلا
ينوب عن الاقوى ولو لم يشهد عند الاخذ يصير قابضا
بمجرد العقد عندهما خلافا لابى يوسف فيما اذا لم
ياخذه لنفسه بل ليرده على صاحبه وهذا بنا على ان
الاشهاد ليس بشرط لكونه امانة عنده وعندهما
شرط وقد بيناه فى اللقطة ولو باعه ممن قال هو عند
فلان لم يجز لانه ابق عندهما وهو المعتبر اذ لا يقدر

اللام بمعنى لا التعليل

على تسليمه ولو باعه ثم عاد قبل الفسخ لم يعد صحيحا
لوقوعه باطلا لعدم المحلية كبيع الطير في الهوى
قبل التملك بخلاف ما اذا باعه ثم ابق قبل التسليم
ثم عاد حيث يجوز لان احتمال عوده يكفي لبقاء
العقد على ما كان دون الابتداء وعن ابي حنيفة
رحمه الله انه يعود صحيحا لان المالية فيه قايم
فكان محلا للبيع فينعقد غير انه عاجز عن تسليمه
فيفسد فاذا اتى قبل الفسخ عاد صحيحا لزوال
المانع فيجبر اي على التسليم والتسلم فصار كما لو
ابق بعد البيع وكبيع المرهون ثم افتكه قبل
الخصومة وبه اخذ الكرخي وجماعة من اصحابنا
رحمهم الله وبالاول كان يفتي ابو عبد الله الثلجي
وجماعة من مشايخنا رحمهم الله ولو اعتقه نفذ
عتقه لعدم اشتراط التسليم فيه ولو علم حياته
في وقت العتق اجزاه عن الكفارة ولو وهبه من
ابنه الصغير او اليتيم في حجره جاز بخلاف ما اذا باعه
منه لان ما يثبت له من اليد يكفي في الهبة دون البيع
قال **الا ان يبيعه ممن زعم انه عنده** اي الابق و
اذا باعه ممن يدعي انه عنده جاز وقد ذكرناه
قال **ولبن امراة** يعني لا يجوز بيعه ومراده اذا
كان في وعاء وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه
من حرة كان او امة ويضمن بالاتلاف لانه مشروب
طاهر فصار كساير المايعات الطاهرة وعن ابي يوسف

رحمه

رحمه الله انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد
العقد عليها فكذا على جزئها ولنا انه جزء الادمي
بدليل انه يثبت به حرمة المصاهرة بمعنى البعضية
وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال
والامتهان بالبيع الا فيما حل فيه الرق وهو اي
اللبن لانه ضعف حكمي فيختص بمحل القوة التي هي
ضده وهو الحي لان الضدين يتعاقبان في موضع
واحد ولا حياة في اللبن وكونه مشروبا مباحا ورد
لاجل الاطفال حتى لو استغنى عنه لا يجوز ونظيره
ملك النكاح فانه ضروري لاقتضاء الشهوة وابقاء
النسل فلا يدل على ان البضع مهان مبتذل
ولان لبن الادمية في حكم المنفعة حتى جاز
استحقاقه بعقد الاجارة وبيع مثله لا يجوز
بخلاف لبن البقرة ونحوها حتى يجوز بيعه لانه
ليس بحكم المنفعة حتى لا يستحق بعقد الاجارة
وهو مبتذل ايضا قال **وشعر الخنزير
وينتفع به للخرز** اي لا يجوز بيع شعره ويجوز
الانتفاع به للخرز لانه نجس العين فلا يجوز بيعه
اهانة له كالخمر ومعنى الان جواز بيعه يشعر
باعزازه وفي غير الادمي نجاسته تشعر بهوان
المحل وانما جاز الانتفاع به للضرورة لان خرز
النعال والاخفاف لا يتاتى الا به فكان فيه
ضرورة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يكره

لان الخرز بها لا يتاتى بغيره والاول هو الظاهر لان تلك
الضرورة تبيح لحمه فالشعر اولى ثم لا حاجة الى
شرايه لانه يوجد مباح الاصل وقال الفقيه ابو
الليث ان كانت الاساكفة لا يجدون شعر الخنزير
الا بالشرا ينبغي ان يجوز لهم الشرا لان ذلك حالة
الضرورة فاما البيع فيكره لانه لا حاجة اليه
للبايع ولا باس للاساكفة ان يصلوا مع شعر الخنزير
وان كان اكثر من قدر الدرهم ولو وقع في الماء
القليل افسده عند ابي يوسف لان الاطلاق
الانتفاع دليل طهارته قال وشعر الانسان
يعني لا يجوز بيع شعر الانسان والانتفاع به لان
الادمي مكرم فلا يجوز ان يكون جزوه مهانا وقال
عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة
وانما لعنا للانتفاع به لما فيه من اهانة المكرم
وعن محمد رحمه الله انه اجاز الانتفاع بشعر
الادمي استدلالا لما روي انه عليه الصلاة
والسلام حين حلق راسه قسم راسه بين اصحابه
فكانوا يتبركون به ولو كان نجسا لما فعل فانه
لا يتبرك بالنجس الا ترى ان ابا طيبة رضي الله عنه
حين شرب دم النبي صلى الله عليه وسلم على قصد
التبرك به نهاه ان يعود الى مثله في المستقبل
قلنا حرمة الانتفاع به لكرامته لا لنجاسته
حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده فبطل الاستدلال

٦٠

٦٠

بها ويرخص فيما يتخذ من الوبر فيزاد في قرون
النسا وذوائبهن قال وجلد الميتة قبل الدبغ
يعني لا يجوز بيعه لما روي انه عليه السلام نهى
عن الانتفاع بجلد الميتة وعصبها فيما رواه ابو
داود وغيره ولان نجاسته من الرطوبات
المتصلة به باصل الخلقة فصار كلحم الميتة بخلاف
الثوب النجس حيث يجوز بيعه لان نجاسته
~~ليست باصل الخلقة فصار كلحم الميتة بخلاف~~
~~الثوب النجس حيث يجوز بيعه لان نجاسته~~
~~ليست باصل الخلقة~~ فلا يمنع من جواز البيع
قال وبعده يباع وينتفع به كعظم الميتة
وعصبها وصوفها وقرنها ووبرها يعني بعد
الدباغ يجوز بيعه كما يجوز بيع عظم الميتة الى
اخره لانه طهر بالدباغ والعظم ونحوه طاهر باصل
الخلقة على ما ذكرنا في كتاب الطهارة فجاز بيعه ولحوم
السباع وشحومها وجلودها بعد الذكاة كجلود
الميتة بعد الدباغ حتى يجوز بيعها والانتفاع بها
غير الاكل لطهارتها بالذكاة الا جلد الخنزير فانه
نجس العين فلا يطهر بالذكاة ويجوز بيع عظم
الفيل والانتفاع به عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد لا يجوز وهو كالخنزير عنده وعندهما
كالسباع قال وعلو سقط اي لا يجوز بيع علو
بعدما سقط لان له حق التعلي لا غير وهو ليس

والصحيح ان لحم الشاة ... ليس بطاهر بالذكاة

استثنا الانتفاع

اي حق التعلي

مال ويحل البيع المال وهو ما يمكن احرازه
وقبضه والهوا لا يمكن احرازه وانما يصح بيعه
قبل الانهدام باعتبار البنا القايم ولم يبق
بخلاف الشرب حيث يصح بيعه تبعا باتفاق الروايات
ومقصودا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه
نصيب من الما وهو مال ولهذا يضمن بالاتلاف
حتى لو سقى به رجل ارضه لزمه قيمته وكذا له
حصة من الثمن حتى لو ادعى رجل شرا ارض
بشربها بالف فشهد شاهد بذلك وسكت اخر
عن الشرب بطلت شهادتهما لاختلافهما في ثمن
الارض وانما لم يجز بيعه في رواية وهو اختيار
مشايخ بخارى للجهالة وان سقط العلو بعد
البيع قبل القبض بطل البيع كهلاك المبيع قبل
القبض ولا يجوز بيع المسيل وهبته ويجوز
بيع الطريق وهبته والمسالة تحتمل وجهين
احدهما بيع رقبة الطريق معلوم الطول
والعرض فيجوز بيعه واما رقبة المسيل فمجهول
لان مقدار ما يشغله الما من الارض يختلف
بقلة الما وكثرته حتى لو بين حدوده جاز وكذا لو
باع رقبة النهر من غير اعتبار المسيل او باع جزا
شايعا منه جاز لانه معلوم وان كان المراد
به الثاني ففي بيع حق المرور روايتان في رواية
الزيادات لا يجوز وفي رواية ابن سماعة يجوز والفرق

والمسيل والثاني بيع حق المرور وحق تسييل الما فان كان المراد به الاول فالفرق بينهما ان رقبة الطريق صح

بينه

بينه وبين المسيل على رواية ابن سماعة ان حق
المرور معلوم وهو الطريق على ما بينا اما المسيل
فتعلق بمجهول لانه متعلق برقبة المسيل وهو مجهول
على ما بينا ووجه الفرق بين حق التعلي حيث لا يجوز
بيعه باتفاق الروايات وبين حق المرور في
الطريق حيث يجوز بيعه في رواية ابن سماعة
ان حق المرور متعلق برقبة الارض ورقبة الارض
مال وهو عين فما تعلق به كان له حكم المال وحق
التعلي متعلق بالهوا والهوا ليس بعين مال ولا له
حكم المال فلا يجوز قال وامة تبين انه عبد
وعكسه اي لو اشترى او باع شخصا على انه امة
فتبين انه عبد او على انه عبد فتبين انه امة لم
يجز البيع وعند الاستحسان والقياس ان يجوز
وهو قول زفر رحمه الله لانه اختلاف الوصف
اذ الذكورة والانوثة وصف في الحيوان وهو
يوجب الخيار لا الفساد كما في البهائم فانه اذا
اشترى كبشا مثلا فاذا هو نعجة او بالعكس
لا يفسد البيع وانما يثبت له الخيار لفوات
الوصف المرغوب فيه كما اذا اشترى عبدا
على انه خباز او كاتب فاذا هو بخلاف ذلك وجه
الاستحسان ان الذكر والانثى من بني ادم جنسان
مختلفان لفاحش التفاوت في المقاصد فان
المقصود من العبد استخدام خارج الدار وكـ

الظاهر انها الا انه راعى نكير وجود العبد

الا اما استخدام دواخل الدار كالطبخ والكنس
والاستفراش والاستيلاد فصارت جنسا
آخر غير المذكورة ومن غيره جنس واحد لتقارب
المقصود فان المقصود منه اللحم والحمل والركوب
ونحو ذلك فالانثى والذكر من الحيوان يصلحان
لذلك فكانا جنسا واحدا واختلاف الجنس يكون
باختلاف المقاصد الا ترى ان الخل والدبس
جنسان لما قلنا وان اتحدا اصلهما ثم في مختلفي
الجنس يتعلق العقد بالمسمى اذا اختلف فيه
المسمى والمشار اليه لان التسمية ابلغ في التعريف
من الاشارة لان الاشارة لتعريف الذات فانه
اذا قال هذا صار الذات معينا ولا يشاركه
فيه غيره والتسمية لاعلام الماهية وهو امر
زايد على اصل الذات فكان ابلغ في التعريف
ويحتاج في مقام التعريف الى ما هو ابلغ فيه
فكانت الاشارة اولى بالاعتبار في متحدي
الجنس لان المسمى موجود في المشار اليه ذاتا
والوصف يتبعه فامكن الجمع بينهما بان يجعل
الاشارة للتعريف والتسمية للترغيب فيثبت
له الخيار عند فوات الوصف المرغوب فيه
بخلاف مختلفي الجنس لان المسمى فيه مثل المشار
اليه وليس بتابع له فلا يمكن ان يجعل احدهما
تبعا للاخر فيعتبر الاعرف عند تعذر الجمع

بينهما

بينهما وهذا هو الاصل في العقود كلها كالاجارة
والنكاح والصلح عن دم العمد والخلع والعتق
على مال ثم اذا كان المعتبر هو المسمى عند
اختلاف الجنس يقع البيع باطلا عند بعض
المشايخ لانه معدوم وبيع المعدوم لا يجوز الا
في السلم وقال بعضهم انه فاسد وهو اختيار
الكرخي لانه باع المسمى واشار الى غيره فصار
كانه باع شيئا بشرط ان يسلم غيره وذلك
فاسد والاجارة مثل البيع لانها تبطل بالشرط
الفاسد والنكاح واشباهه لا تفسد بالشرط
الفاسد ولكنه ينظر ان كان المسمى يمكن ضبطه
كالثياب والحيوان الموصوفة او المكيل
او الموزون يجب المسمى ويجعل كانه سماه
ولم يشر الى شيء وان لم يمكن ضبطه يجب مهر
المثل كانه لم يسم شيئا لانه لا يصلح ان يثبت في
الذمة قال **ومن اشترى ما باع بالاقل قبل النقد**
ومعناه انه لو باع شيئا وقبضه المشتري
ولم يقبض البايع الثمن فاشتراه باقل من الثمن
الاول لا يجوز وقال الشافعي رحمه الله يجوز
وهو القياس لان الملك فيه قد تم بالقبض
فيجوز بيعه باي قدر كان من الثمن كما اذا باعه
من غير البايع او منه بمثل الثمن الاول او باكثر
او بعرض او باقل بعد النقد ولنا ما روي

عن ابي اسحاق السبيعي عن امراته انها دخلت على
عايشة رضي الله عنها فدخلت معها ام ولد
لزيد بن ارقم فقالت يا ام المومنين اني بعت
غلاما من زيد بثمانمائة درهم نسيئة واني ابتعته
منه بستمائة نقدا فقالت لها عايشة رضي
الله عنها بئس ما شريت وبئس ما اشتريت
ان جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
قد بطل الا ان يتوب رواه الدارقطني فهذا
الوعيد دليل على ان هذا العقد فاسد
وهو لا يدرك بالراي فدل على انها قالته سماعا
ولا يقال تدرون انها قالت بعته الى العطا
فلعلها انكرت عليها لذلك لانا نقول كانت
عايشة رضي الله عنها ترى البيع الى العطا ولان
الثمن لم يدخل في ضمان البايع قبل قبضه فاذا عاد
اليه عين ماله بالصفة التي خرج من ملكه وصار
بعض الثمن قصاصا ببعض بقي له عليه فضل بلا
عوض فكان ذلك ربح ما لم يضمن (للبايع) وهو حرام
بالنص بخلاف ما اذا اشتراه بمثل الثمن الاول
او اكثر لان الربح فيه حصل للمشتري بعد
ما دخل المبيع في ضمانه ولو اشتراه من لا تجوز
(اي حال حياة البايع)
شهادته له كولده ووالده وعبده ومكاتبه
فهو بمنزلة شرا البايع بنفسه وقال ابو يوسف
ومحمد يجوز في غير العبد والمكاتب لان الاملاك

[هامش: اشتريته]

[هامش: اسقاط شرا الكلية]

متباينة

متباينة بخلاف المملوك لان كسبه لسيده
وله في كسب مكاتبه حق الملك فكان تصرفه
كتصرفه وله ان شراهما ولا كشرا البايع بنفسه
لاتصال منافع المال بينهم وهو نظير الوكيل في البيع
اذا عقد مع هولا ولو اشترى ما بيع له بان
باع وكيله لم يجز ايضا لانه لما باع باذنه
صار كبيعه بنفسه ثم اشترى بالاقل وكذا
لو وكل رجلا ببيع عبده بالف درهم فباعه
ثم اراد الوكيل ان يشتري العبد باقل مما باع
لنفسه او لغيره بامره قبل نقد الثمن لم يجز
اما شراوه لنفسه فلان الوكيل بالبيع بايع
لنفسه في حق الحقوق فكان هذا اشترا البايع
من وجه والثابت من وجه كالثابت من كل وجه
في باب الحرمات واما لغيره فلان شرا المامور واقع
له من حيث الحقوق فكان هذا شرا ما باع لنفسه
من وجه وكذا لو اشترى من وارث مشتريه باقل
مما اشترى به المورث لم يجز لقيام الوارث مقام
المورث بخلاف ما لو اشترى وارث البايع باقل
~~مما اشترى به المورث لم يجز لقيام الوارث~~
~~مقام المورث بخلاف ما لو اشترى~~ وارث البايع
لم يقم مقام البايع في هذا الشرا لانه لم يملك
الشرا بطريق الارث لانه كان يملك الشرا لنفسه
حال حياة مورثه فكان كالاجنبي في ذلك واما

[هامش: مما باع مورثه فانه يجوز وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه لا يجوز كالفصل الاول والفرق على ظاهر الرواية ان الوارث يقوم مقام المورث فيما يرث لا فيما لا يرث ٢ صح]

وارث المشتري فقايم مقام المشتري في هذا
البيع لان ولاية البيع له من احكام ملك
المورث فانه ما كان يملك البيع حال حياة
مورثه لانه ملك مورثه ولما قام وارث
المشتري مقامه في بيع هذا العين بحكم الارث
صار بيع الوارث وبيع المورث سواء فكما لا يجوز
بيع المشتري لا يجوز بيع وارثه وشرطنا ان
يكون الشرا من مشتريه او من وارثه لانه
لو باعه المشتري من رجل او وهبه لرجل او
اوصى به لرجل ثم اشتراه البايع الاول من ذلك
الرجل يجوز لان اختلاف سبب الملك كاختلاف
العين اصله حديث بريرة حيث قال عليه
الصلاة والسلام هي لها صدقة ولنا هدية
وشرطنا ان يكون المبيع على حاله لم ينتقص لانه
اذا تعيب المبيع في يد المشتري فباعه من البايع
باقل من الثمن الاول جاز لان المانع ربح ما لم يضمن
وانما يظهر الربح اذا صار اليه المبيع في يد المشتري
فباعه من البايع باقل من الثمن الاول معنى
وشرطنا ان يكون النقصان من حيث الذات
لانه لو نقصت قيمته بتغير السعر لم يجز شراؤه
باقل مما باع لان تغير السعر غير معتبر في حق
الاحكام كما في حق الغاصب وغيره فقاد اليه
المبيع كما خرج عن ملكه فيظهر الربح وشرطنا اتحاد

الثمنين

الثمنين جنسا لانه اذا اشتراه بجنس اخر غير
جنس الثمن الاول يجوز وان كان الثمن الثاني
اقل لان الربح لا يظهر عند اختلاف الجنس
والدنانير جنس الدراهم هنا حتى لو كان العقد
الاول بالدراهم فاشتراه بالدنانير وقيمتها
اقل من الثمن الاول لم يجز استحسانا وجاز
قياسا وهو قول زفر لانهما جنسان حتى
لا يجري ربا الفضل بينهما ولنا انهما جنسان
صورة وجنس واحد معنى لان المقصود بهما
واحد وهو الثمنية فبالنظر الى الاول يصح وبالنظر
الى الثاني لا يصح فغلبنا المحرم على المبيح لقوله
عليه الصلاة والسلام ما اجتمع الحلال والحرام
الا وقد غلب الحرام الحلال رجلان باعا
عبدا بينهما بالف فقالا بعناكه بالف كل بنصف
بخمسماية ثم اشتراه احدهما بخمسماية قبل
النقد فسد في نصفه لانه شرا ما باع باقل مما
قبل النقد فسد في نصفه لانه شرا ما باع قبل نقد الثمن
وصح في نصيب شريكه بنصف خمسماية لانه
ما باع ولا بيع له ولو قالا بعناك نصيب فلان
بخمسماية ثم قالا بعناك نصيب فلان بخمسماية
ثم اشترى احدهما بخمسماية فسد في نصيبه
لان نصفه وهو الربع باعه بنفسه ونصفه
وهو الربع بيع له واما نصيب صاحبه

فيفسد في نصفه وهو الربع لانه باعه له وصح
في الربع الاخر فيدفع ثمنه لانه ما باع ولا بيع
له وان اشتراه معا في هذه الصورة صح شراء
كل واحد منهما في ثمنه بمثل الثمن لانه لو اشتراه
احدهما صح شراؤه في الربع فاذا اشترى كل
واحد منهما نصفا شايعا صح شرا كل واحد
منهما في نصفه ذلك وهو الثمن ضرورة ولو
باعاه بالف ثم اشترياه بخمسماية صح شرا كل
واحد منهما في ربعه لان كل واحد منهما اشترى
نصفا شايعا نصفه فيما باع فيفسد
ونصفه فيما باع شريكه فيصح في نصفه
الذي لم يبعه لم يل باعه لنفسه ولو باعه
مع وكيله بالف ثم اشتراه الوكل بخمسماية
لا يصح لان احد النصفين باعه بنفسه والنصف
الاخر لانه ما باع ولا بيع له ولو باع الوكيل
كله ثم اشتراه احدهما لا يصح اما الوكيل فلانه
باع واما الموكل فلانه بيع له قال وصح فيما
ضم اليه اي صح البيع فيما ضم الى المشترى
بان اشترى مثلا جارية بالف ثم باعها واخرى
معها بالف من البايع قبل نقد الثمن جاز
البيع في التي لم يشترها من البايع ويفسد
في الاخرى لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن
بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا

الذي لم يبع ولو اشتراه الموكل فسد في النصف الذي باعه وصح في النصف م

للاخرى

للاخرى باقل مما باع وهو فاسد ولا يشيع
الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه
حتى لو قضى القاضي بجوازه صح او لانه باعتبار
شبهة الربا او لانه طارى لانه يظهر بانقسام
الثمن او المقاصة فلا يسرى الى غيرها قال
رحمه الله وزيت على ان يزنه بظرفه ويطرح
عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا وصح لو شرط
ان يطرح بوزن الظرف اى لا يجوز بيع زيت كل
رطل بدرهم على ان يزنه بظرفه ويطرح عن
الزيت الموزون مكان كل ظرف خمسين رطلا
ويجوز ان شرط ان يطرح بوزن الظرف لان
الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه
وهذا لان مقتضى العقد ان يخرج عنه وزن
الظرف فاذا طرح خمسين مثلا يحتمل ان يكون
اكثر من الظرف او اقل الا اذا عرف ان وزنه
خمسون رطلا فحينئذ يجوز لانه يقتضيه العقد
قال رحمه الله وان اختلفا في الزق فالقول
للمشترى لانه المنكر بيانه انه لو اشترى
سمنا في زق فرد المشترى الزق وهو عشرة
ارطال فقال البايع الزق غير هذا وهو كان
خمسة ارطال لانه ان اعتبر اختلافا في الزق
فالقول قول القابض ضمينا كان او امينا كالغاصب
والمودع وان اعتبر اختلافا في السمن فهو في الحقيقة

اختلاف في مقدار الثمن فيكون القول قول المشتري
لانه ينكر الزيادة ولا يتحالفان وان كان الاختلاف
في الثمن لان الاختلاف في الثمن ثبت تبعا لاختلافهما
في الظرف والاختلاف في الظرف لا يوجب
التحالف لانه ليس بمقصود بالعقد ولا معقود
عليه اصلا فكذا فيما ثبت تبعا له اذ التبع
لا يخالف الاصل ولان التحالف ورد على خلاف
القياس فيما اذا كان الاختلاف في موجب
العقد نفسه ضرورة ان كل واحد منهما يدعي
عقدا غير الذي يدعيه صاحبه والاختلاف
في الزق ليس في معناه فلا يلحق به قال
ولو امر ذميا بشرا خمر او بيعها صح وهذا عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز وعلى هذا الخلاف
التوكيل ببيع الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم الحلال
ببيع صيده لهما ان الوكيل يستفيد الولاية
من الموكل ولا ولاية للموكل في هذا التصرف فكذا
وكيله كمسلم وكل مجوسيا بان يزوجه مجوسية
حيث لا يجوز بالاتفاق ولان ما ثبت له ينتقل
اليه فصار كانه باشره بنفسه ولانه بين
الوكيل والموكل يجري حكم المبادلة حتى يجعل
الوكيل بمنزلة البائع والموكل بمنزلة المشتري
الا ترى انه يحبس المبيع بالثمن ويرد الموكل
عليه بالعيب ويجري التحالف بينهما عند التجاحد

ولابي

ولابي حنيفة رحمه الله ان الوكيل اصل في نفس
التصرف والموكل لحكم التصرف الا ترى انه
يملك الخمر والخنزير بالارث بان كان لذمي
فاسلم ثم مات قبل ان يسيب الخنزير ويخلل
الخمر يرثه ورثته المسلمون وكذا اذا تخمر
عصيره يبقى على ملكه بخلاف توكيل
المسلم المجوسي ان يزوجه المجوسية لانه
سفير ومعبر فيه فيكون مضافا الى الموكل
وبخلاف ما اذا اتهب كافر لمسلم خمرا لانه
سفير كالتزويج فيقع الحكم فيه للمسلم ابتدا
وحقوقه راجعة اليه ثم يتصدق بثمن
الخمر ان باعها الوكيل له لتمكن الخبث فيه
لقوله عليه الصلاة والسلام ان الذي حرم
بيعها حرم شراها واكل ثمنها وفي التوكيل
بشرا الخمر تملكها حكما فيخللها لانه منع عن الانتفاع
بعينها فله ان يتصرف فيها على وجه يتوصل به
الى الانتفاع بها كما اذا ورثها او تخمر عصيره
وعليه ثمنه يدفعه الى الوكيل لانتقال الملك
اليه من جهته حكما فيلزمه البدل وان
كان خنزيرا يسيبه وقولهما لا ولاية
للموكل في هذا التصرف فكذا وكيله ممنوع
بمسائل منها ان رجلا لو توكل عن غيره بشرا عبد
بعينه لا يملك ان يشتريه لنفسه فلو وكل

من يشتريه له فاشتراه له يملكه ومنها
اذا مات ذمي وخلف خمرا يامره القاضي ذميا
يبيعها وان لم يملك بيعها هو ومنها لو كان
مسلم وصيا لذمي وللميت خمر يامر الوصي
المسلم ذميا يبيعها وان لم يملكه هو واما نكاح
المجوسية فان المسلم لا يملكه ابتدا ولا بقا
فلا يكون اثباته له حكما لتعرينه بخلاف ما نحن
فيه على ما بينا ولان المقصود من البيع الملك
والمسلم اهل لملكها والمقصود من النكاح الحل
ولا يفيده الحل فيلغو قال **وامة على ان يعتق**
المشترك او يدبر او يكاتب او يستولد اي لا يجوز
بيع امة على ان يفعل بها المشتري شيا من هذه
الاشيا لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع
وشرط والاصل فيه ان كل شرط لا يقتضيه
العقد وهو غير ملايم له ولم يرد الشرع بجوازه
ولم يجر التعامل فيه وفيه منفعة لاهل الاستحقاق
مفسد لما روينا فان شرط فيه ما يقتضيه
العقد كشرط الملك للمشتري او شرط فيه الملايم
للعقد كالرهن والكفالة جاز لانها للتوثقة
والتاكيد لجانب الاستيفا والمطالبة لان استيفا
الثمن مقتضى العقد ومؤكده اذا كان معلوما بان ملايم له ح
كان الرهن والكفالة معينين او شرط فيه ما ورد
الشرع بجوازه كالخيار والاجل او شرط فيه ما جرى

التعامل

٦٧

التعامل فيه وفيه منفعة لاهل الاستحقاق
مفسد لما روينا فان شرط فيه ما يقتضيه
العقد كشرط الملك للمشتري او شرط فيه الملايم
كيد العقد كالرهن والكفالة لجوازها لانهما للتوثقة والتا
لجانب الاستيفا والمطالبة لان استيفا الثمن
مقتضى العقد وهو كده ملايم له اذا كان له
معلوما بان كان الرهن والكفالة متعينين
او شرط فيه ما ورد الشرع بجوازه كالخيار
والاجل او شرط فيه ما جرى التعامل فيه بين
الناس كشرا النعل على ان يحذوها البايع
او يشركها او شرط فيه ما لا منفعة فيه لاهل
ى الاستحقاق واهل الاستحقاق هو البايع والمشتري
والمبيع الادمي والاجنبي لا يفسد البيع ن
لورود الشرع به او التعامل او لكونه ملايما وما
عدا ذلك من الشروط مفسد لما فيه من زيادة
عرية عن العوض فيفضي الى الربا ولانه تقع ن
بسببه المنازعة فيعري العقد عن مقصوده لان
المقصود من شرع الاسباب في المعاملات قطع النزا
ع لتمحضه المباشر للسبب وقال الشافعي رحمه الله
يجوز البيع بشرط الاعتاق وهو رواية الحسن
عن ابي حنيفة رحمه الله لان بيع العبد نسمة متعارف
في الوصايا وتفسيره ما ذكرنا ولنا انه لا يقتضيه العقد
اذ هو يقتضي الاطلاق اي تصرف شا لا تصرفا معينا ن

فاشتراط مثله فيه مفسد له كاشتراط التدبير
والاستيلاد والكتابة فيه وتفسير بيع النسمة
ان يبيعه ممن يعرف انه يعتقه كما اذا باعه
ممن يطلب رقبة للاعتاق عن كفارة او نذر
وقيل تفسيره ان يعده المشتري قبل الشراء
ثم يشتريه من غير شرط في العقد ولو اعتقه
المشتري جاز البيع استحسانا عند ابي
حنيفة رحمه الله ويجب عليه الثمن وقالا
يجب عليه القيمة وهو القياس لان شرط
الاعتاق مفسد فتحقيقه يقرر الفساد
اي تحقيق العقد بالعتق
لا ورفع له كسائر الشروط المفسدة فصار كما
اذا اتلفه بوجه اخر وجه الاستحسان
ان اشتراط الاعتاق من حيث ذاته لا يلائم
العقد على ما بينا ولكن من حيث حكمه يلائم
لانه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر فلوجود
صورة الشرط قلنا بفساده فاذا تحقق العتق
حكمنا بجوازه لتحقق الملائمة وهو الانهاء فكان
الحال قبله موقوفا بخلاف الاستيلاد والتدبير
حيث لا يعود صحيحا بهما لانهما ليسا بمنهيين
للملك وكذا اذا اتلفه بوجه اخر ولو باع جارية
بشرط ان يطاها المشتري او بشرط ان لا يطاها
فسد البيع عند ابي حنيفة رحمه الله لان
العقد لا يقتضيها لانه تقتضيه اطلاقه

الانتفاع

الانتفاع لا الحرمة ولا الالزام قال ابو يوسف
رحمه الله صح في الاول لان العقد يقتضيه وفسد
في الثاني لانه لا يقتضيه وعند محمد رحمه الله
صح فيهما لان الثاني ان لم يقتضيه العقد
فلا يرجع نفعه الى احد فكان هذا شرطا
لا مطالب له فلا يؤدي الى النزاع فلا يفسد
قال او الا حملها اي لا يجوز بيع امة الا
حملها لان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح
استثناؤه منه والحمل لا يجوز افراده بالبيع
فكذا استثناؤه لانه بمنزلة الاطراف فصار
شرطا فاسدا وفيه منفعة للبائع فيفسد
البيع ثم استثناء الحمل في العقود على ثلاث
مراتب في وجه يفسد العقد والاستثناء كالبيع
والاجارة والكتابة والرهن لان هذه العقود
تبطلها الشروط الفاسدة غير ان المفسد في
الكتابة ما يتمكن في صلب العقد من الشروط
اي ما يقوم به العقد حتى لو كاتب بشرط ان لا يخرج
من البلد لا يفسد وله ان يخرج لان
الكتابة تشبه البيع من حيث ان العبد
مال في حق المولى وتشبه النكاح من حيث
انه ليس بمال في حق نفسه فعملنا بالشبهين
في الحالين وفي وجه العقد جائز والاستثناء
باطل كالهبة والصدقة والنكاح والخلع

والصلح عن دم العمد فلا يبطل العقد ويبطل
الاستثنا ويكون الحمل تابعا للام في هذه
العقود يصير هو حيث صارت هي وفي وجه
يجوز العقد والاستثنا وهو الوصية حتى
لو اوصى بجارية لانسان الا حملها صح وكذا
لو اوصى بحملها لا اخر صح لان الوصية اخت
الميراث والميراث يجرى فيه فكذا الوصية
بخلاف الخدمة وفي العتق يتبعها الحمل
ولو اعتق الحمل وحده صح قال او يستخدم
البايع شهرا ودارا على ان يسكن او يقرض المشترى درهما
او يهدى له او يسلم الى كذا او ثوب على ان يقطعه البايع ويخيطه قميصا
لان هذه الشروط لا يقتضيها العقد وفيه
منفعة لاحد هما فيفسد ولانه ان كان بعض
الثمن بمقابلة العمل المشروط فهو اجارة
مشروطة في بيع وان لم يكن بمقابلته شى فهو
اعارة مشروطة فيه ونهى النبي صلى الله
عليه وسلم عن صفقة في صفقة ولان الاجل
يختص بالديون لانه شرع للترفيه حتى يتمكن
من التحصيل به دون الاعيان اذ هي حاصلة
متعينة بالعقد فلا حاجة فيها الى التاجيل
فيكون اشتراطه مفسدا قال وصح بيع نعل
على ان يحذوه او يشركه وقال زفر رحمه الله لا يجوز
وهو القياس لان فيه شرطا لا يقتضيه

العقد

العقد وجه الاستحسان ان الناس تعاملوه
وبمثله يترك القياس ولهذا اجزنا الاستصناع ٤
واستيجار الصباغ والظير والحمام وان
كانت اجارة على استهلاك الاعيان قال
رحمه الله لا البيع الى النيروز والمهرجان وصوم
النصارى وفطر اليهود ان لم يدر العاقدان ذلك
يعني لا يجوز البيع الى هذه الاجال لانها مجهولة
تفضي الى المنازعة وقالوا اذا باع الى
فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم جاز
لان مدة صومهم بالايام وهي معلومة
قال والى قدوم الحاج والحصاد والدياس والقطاف اى
لا يجوز البيع الى هذه الاجال لانها تتقدم
وتتاخر فتكون مجهولة وهذا لان هذه الاشيا
افعال العباد فتتثبت بحسب ما يبدو لهم
والاجال شرعت بالاوقات قال الله تعالى
يسالونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس
وكذا الى الجزاز لما ذكرنا وهو جز الصوف
وكذا الى الجذاذ بالذال المعجمة عام في قطع
الثمار وبالمهملة خاص في النخل والحصاد
بفتح الحا وكسرها قطع الزرع ومنه قوله
تعالى يسالونك عن الاهلة قل هي مواقيت
للناس وكذا الى الجزاز لما ذكرنا وهو جز الصوف
واتوا حقه يوم حصاده والقطاف قطع العنب

الدياس اصله دواس من الدوس
وقعت الواو اثر كسرة فقلبت
مثل الحياض والرياض

من الكرم والدياس ان يوطى الطعام الدواب
قال ولو كفل الى هذه الاوقات صح لان هذه جهالة
يسيرة وهى محتملة فى الكفالة لكونها تبرعا
فيجرى التسامح فيها بخلاف البيع لانه
مبادلة المال بالمال فيكون مبناه على
المماكسة والمضايقة فاذا كانت يسيرة
امكن باغماضها بخلاف ما اذا كانت فاحشة
كالكفالة الى هبوب الريح لان الكفالة
تشبه النذر ابتدا لكونها التزاما محضا من
غير ان يقابله شى وفى النذر يحتمل الجهالة
وان كانت فاحشة وهى معاوضة انتهاء
باعتبار الرجوع على المكفول عنه ولا يحتمل
الجهالة فى المعاوضات وان كانت يسيرة
فعملنا بالشبهين فى الحالين الا ترى ان الجهالة
فى الكفالة يتحمل فى اصل الدين حتى لو تكفل بما
ذاب له على فلان صح فبالوصف وهو الاجل
اولى بخلاف البيع حتى لا يصح بثمن مجهول اصلا
فكذا فى وصفه قال ولو اسقط الاجل قبل حلوله
صح اى لو باع الى هذه الاجال ثم اسقط المشترى
الاجال قبل ان ياخذ الناس فى الحصاد والدياس
وقبل قدوم الحاج جاز البيع وقال زفر
رحمه الله والشافعى رحمه الله لا يجوز لان
العقد انعقد فاسدا فلا ينقلب صحيحا

باسقاطه

٧٨

باسقاط المفسد كما اذا اسقط الدرهم
الزايد عن بيع الدرهم بالدرهمين وكما
اذا تزوج امراة الى عشرة ايام ثم اسقط
الاجل ولنا ان المفسد شرط خارج عن
صلب العقد وهو يسير ولهذا اختلف
الصحابة فيه فينقلب صحيحا عند ازالته
او نقول العقد انعقد موقوفا فبالاسقاط
تبين انه كان جايزا على ما قال مشايخنا
هو الصحيح لان فساده انه يفضى الى المنازعة
وقبل مجيئه لا منازعة فلا يفسد والاول
قول مشايخ العراق وعلى هذا الخلاف كل عقد
ينقلب صحيحا بازالة المفسد ينعقد فاسدا
عندهم وموقوفا عند مشايخنا بخلاف
الدرهم الزايد لان الفساد فيه فى صلب العقد
ح لانه فى احد العوضين وبخلاف الاجل فى النكاح
لانه عقد غير النكاح وهو المتعة والعقد
لا ينقلب عقدا اخر وقوله ولو اسقط الاجل
قبل حلوله اى اسقطه من له الحق فيه وهو
المشترى لان الاجل حقه فينفرد باسقاطه
ولا يشترط فيه التراضى وقول القدورى
فى مختصره فان تراضيا باسقاط الاجل وقع
اتفاقا لا لمخرج الشرط لان رضى من له الحق
يكفى ولو باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه

الاوقات جاز لانه تاجيل الدين والجهالة في
تاجيل الدين متحملة لخلو العقد عن الفساد بخلاف
ما اذا كانت في العقد لان الجهالة مقارنة له
فيفسد قال ومن جمع بين حر وعبد او بين
شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وان جمع
بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره او
بين ملك ووقف صح في القن وعبده والملك
اما الاول فالمذكور على اطلاقه قول ابي حنيفة
رحمه الله وعندهما ان بين ثمن كل واحد منهما
جاز في العبد والذكية والا فلا لانه اذا بين
ثمنهما صارا صفقتين فيتقدر الفساد بقدر
المفسد بخلاف ما اذا لم يبين لكل واحد ثمنا
لانه يبقى بيعا بالحصة ابتداء وهو لا يجوز وله ان
الصفقة متحدة فلا يمكن وصفها بالصحة والفساد
فيبطل وهذا لان الحر والميتة لا يدخلان في
العقد لعدم شرطه وهو المالية فيكون قبول
العقد في الحر والميتة شرطا لجواز العقد في العبد
والذكية فيبطل واما الثاني فهو قول علمائنا الثلاثة
وقال زفر رحمه الله لا يصح لان محل العقد
المجموع ولا يتصور ذلك لانتفاء المحلية في المدبر
ونحوه كام الولد والمكاتب وقد جعل قبول
العقد فيه شرطا لصحة العقد في المال فيفسد
كالفصل الاول والفرق بين الفصلين لابي حنيفة

مطلقا

مطلقا ولهما اذا لم يفصل الثمن ان المدبر ونحوه
يدخل تحت البيع ثم ينتقض في حقه فيقسم
الثمن عليهما حالة البقا وهو غير مفسد وفي الفصل
الاول الحر ونحوه لا يدخل في البيع اصلا فلو جاز
البيع فيما ضم اليه لكان بيعا بالحصة ابتداء
ولا يجوز لجهالة الثمن عند العقد بخلاف النكاح
حيث يجوز نكاح المحللة اذا ضم اليها المحرمة
فعقد عليهما جملة لان النكاح لا يبطل بالشروط
الفاسدة ولا بجهالة المهر فيكون صحيحا والدليل
على ان المدبر وام الولد والمكاتب وعبد الغير
يدخل في البيع ان القاضي لو قضى بجواز بيع المدبر
وام الولد ينفذ وفي المكاتب ينفذ برضاه في الاصح
وفي عبد الغير باجازة مولاه ولولا انهم مال
ولم يدخلوا في العقد لما نفذ كما في الحر والميتة
وانما يخرجون من العقد بعد الدخول لاستحقاقهم
انفسهم في المدبر وام الولد والمكاتب وفي
عبد الغير لاجل مولاه فلا يكون بيعا
بالحصة ابتداء بل في حالة البقا فلا يفسد وفيما
اذا جمع بين ملك ووقف روايتان في رواية
يفسد في الملك لان البيع لا ينعقد على الوقف
لانه صار محررا عن الملك والتملك فصار كما
لو جمع بين حر وعبد ذكره الفقيه ابو الليث
في نوازله والاصح انه يجوز في الملك لان الوقف

مال ولهذا ينتفع به انتفاع الاموال غير انه
لايباع لاجل حق تعلق به وذلك لايوجب
فساد العقد فيما ضم اليه كالمدبر ونحوه بخلاف
المسجد حيث يبطل العقد فيما ضم اليه لانه
ليس بمال ولهذا لاينتفع به انتفاع الاموال
فصار كالحرة ولو باع قرية ولم يستثني المساجد
والمقابر لم يصح لما ذكرنا وقال في المحيط
قيل يصح في الملك وهو الاصح لان البيع ينعقد
على الوقف لانه مال متقوم الا ترى انه
يضمن بالاتلاف وهذا مشكل فان المسجد
كالحر على ما بينا فكيف يجوز البيع فيما ضم
اليه ولا سبيل لهذا الا اذا جعل استثناء له
للمساجد فيكون كانه باعه غير مواضع المساجد
قال **فصل قبض المشتري المبيع في البيع
الفاسد بامر البايع وكل من عوضيه مال ملك
المبيع بقيمته** معناه اذا قبضه ملكه ولزمه
قيمته اذا كان القبض بامر البايع وفي العقد
عوضان وكل واحد منهما مال ذكر القبض لانه
لايفيد الملك وذكر البيع الفاسد احترازا عن
عن الباطل فانه لايفيد الملك وشرط ان يكون
القبض بامر البايع والمراد به اذنه لانه بغير اذنه
لايفيد الملك على ما عرف ولا بد له من اذن
صريح بعد الافتراق وقبله في المجلس يكتفي

قوله ملك المبيع فيه وضع الظاهر موضع المضمر

قوله احترازا عن الباطل ليس كذلك بقرينة قوله المص وكل من عوضيه مال لان في الباطل ليس احد العوضين بمال

بالدلالة

بالدلالة لان البيع تسليط منه على القبض اذ مراده
ان يملكه المشتري ولا يكون ذلك الا بالقبض فكان
ذلك تسليطا منه عليه كما في الهبة بخلاف البيع
الصحيح فان الايجاب فيه لا يكون تسليطا منه
على القبض لان مقصوده وهو التملك يحصل بدونه
فلا حاجة الى اثباته هذا اذا لم يقبض البايع الثمن
او قبضه وهو مما لا يملك بالقبض كالخمر والخنزير
وان كان مما يملك به وقبضه كان اذنا منه
بالقبض دلالة فلا يحتاج فيه الى التصريح به
وان كان بعد المجلس وشرط ان يكون في العقد
عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو
مبادلة المال بالمال ليخرج عنه البيع بالميتة
ونحوه والبيع مع نفي الثمن في رواية بخلاف البيع
مع السكوت حيث ينعقد فاسدا وقوله
ملك المبيع بقيمته يعني قيمته يوم القبض لانه
به دخل في ضمانه وعند محمد رحمه الله يعتبر
قيمته يوم التلف لانه به يتقرر عليه اذا كان
المبيع من ذوات القيم وان كان من ذوات الامثال
ملكه بمثله اذ هو الاعدل لكونه مثلا له صورة
ومعنى فلا يعدل عنه مع امكانه كما في الغصب
وهذا على قول مشايخ بلخ وقال مشايخ العراق
لا يملك العين وانما يملك فيها التصرف خاصة بحكم
تسليط البايع عليه اسنده الا انه قال محمد رحمه الله

انما جاز بيعه لان البايع سلطه على ذلك وقال ايضا
من اشترى دارا شراء فاسدا فلا شفعة للشفيع
فيها ولو ملكها المشتري لاخذها الشفيع وكذا لو
اشترى جارية لا يحل له وطيها ولو وطيها يجب
عليه العقر اذا رفع الفساد وردها الى البايع ولو
ملكها بجرد لم يجب العقر لمصادفته ملكه
كالامة الموهوبة يحل وطيها ولا يجب عليه
العقر اذا رجع الواهب فيها وكذا الربح فيها
لا يطيب له الربح ولو ملكها لطاب وكذا لا يحل
له اكل طعام اشتراه فاسدا ولو ملكه لحل
وجه القول الاول وهو الاصح ان الاب او وصيه
لو باع عبد الصغير بيعا فاسدا فاعتقه
المشتري نفذ عتقه وكان الولاء له ولو لم
يملكه لما نفذ لان الاب والوصي لا يملكان الاعتاق
ولا التسليط عليه وكذا لو اشترى دارا شراء فاسدا
فبيعت بجنبها دار اخذها المشتري بالشفعة
ولو لم يملكها لما استحق الشفعة وكذا لو اشترى
جارية وردها على البايع يجب عليه الاستبراء
ولو لم يخرج عن ملكه لما وجب وانما لم يحل له
التصرفات من الوطي والاكل ولم تجب الشفعة
فيها لان الاشتغال بالوطي ونحوه اعراض عن
الرد وهو واجب شرعا وفي قضاء القاضي بالشفعة
تاكيد الفساد وتقريره وما ذكره محمد رحمه الله

من

من التسليط لا يدل على انه لا يملكه اذ المشتري
يتصرف في المبيع بتسليط البايع بسبب تمليكه
اياه وقال الشافعي رحمه الله لا يملك بالفاسد
العين ولا التصرف وان قبضه لانه محظور لكونه
منهيا عنه والنهي يقتضي التحريم والملك (اكرام) نعمة
لكونه ذريعة (وسيلة) الى قضاء المآرب ووسيلة الى تحصيل
المطالب فلا يناط به اذ لا ملايمة والملايمة شرط
بين الاثر والمؤثر ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد
بين كونه مشروعا وبين كونه منهيا عنه لان
النهي يقتضي قبحه والمشروعية تقتضي حسنه
وبينهما تناف فكان باطلا الا ترى انه لا يفيده
قبل القبض ومعه تزداد الحرمة والفساد فانى
يثبت له الملك فيه وصار كالميتة وبيع الخمر
بالدراهم ولنا ان ركن البيع صدر من اهله
مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء
في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال
بالمال وفيه الكلام والنهي عن الافعال
الشرعية تقرر المشروعية عندنا بخلاف النهي
عن الافعال الحسية لان النهي يقتضي التصور ولهذا
لا يقال للاعمى لا تبصر وللانسان لا تطر لعدم
التصور منه فاذا كان من شرطه التصور فتصور
الافعال الشرعية بالشرع فان لم تكن مشروعة
لم تكن متصورة فيبطل النهي اذ حقيقة النهي

تصرف في المكلف بالمنع مع قيام المنهي عنه وهو المحل
على حاله فانتفى وجوده ووجوده بالشرع فصارت
مشروعة ضرورة صحة النهي والافعال الحسية
متصورة بذاتها فلا ضرورة الى جعلها مشروعة
وهذا بخلاف النسخ فانه تصرف في المحل بازالته
من غير تعرض للمكلف فكانا في طرفي نقيض فلا يمكن
حمل احدهما على الاخر وتحقيق هذا ان النهي عن
العقود المشروعة لا يخرجها من ان تكون مشروعة
وانما يحرم مباشرتها وتحصيل الحكم بذلك السبب
مع بقائه سببا له عندنا كما اذا كان النهي لمعنى
في غيره كالبيع عند اذان الجمعة فانه مشروع
على حاله مفيد لحكمه غير انه محظور لاتصال البيع عند
الاذان المنهي عنه لغيره وفيما نحن فيه لمعنى في
نفسه فلا يقاس عليه ما ليس في معناه لانا نقول
النهي فيهما لمعنى في غيره لكن ذلك الغير في المستشهد
به منفصل عنه مجاور له وفيما نحن فيه متصل
به وصفا فكان النهي فيهما لمعنى في غيره الا ترى
انه لولا الشرط لجاز العقد غاية الامر ان الوصف
اقوى اتصالا من المجاورة وذلك لا يوجب عدم
المشروعية فكان مشروعا بذاته غير مشروع
بوصفه وقد ظهر اثر القوة في انعقاده فاسدا
لا يفيد الملك الا بالقبض وهذا لانه لو اوجب
الملك قبله لثبت بلا عوض اذ المسمى لا يجب للفساد

وضمان

وضمان القيمة لا يجب الا بالقبض ولانه واجب
الرفع بعد القبض للفساد المقترن به فوجوب
الامتناع عن المطالبة اولى وذلك بعدم الملك ولان
ثبوت الملك به قبل القبض يودي الى تقرير الفساد
من حيث ان كلا منهما يجب عليه تسليم ملك غيره
وبالقبض يتقرر العقد وقوله وبينهما تناف
قلنا لا تنافي اذا جعل مشروعا من وجه دون
وجه على ما بينا والميتة ليست بمال في حق احد
فانعدم الشرط واذا باع الخمر بالدراهم فقد جعلها
ثمنا وهي لا تجب بالعقد فلو انعقد لوجب قيمتها
لتعذر تسليمها والقيمة لا تصلح ثمنا وانما يكون ثمنا
اذ لا عهد لنا في الشرع ان تكون القيمة مبيعا في صورة
من المبايعات قال رحمه الله ولكل منهما فسخه يعني
على كل واحد منهما فسخه لان رفع الفساد واجب عليهما
واللام تكون بمعنى على قال الله تعالى وان اساتم
فلها اي عليها ويتمكن كل واحد منهما من الفسخ قبل
القبض بعلم صاحبه لان البيع الفاسد لا يفيد
الملك قبل القبض فكان بمنزلة البيع الذي فيه الخيار
فكان كل واحد منهما بسبيل من فسخه من غير رضى
الاخر لكنه يتوقف على علمه لان فيه الزام الفسخ
له فلا يلزمه بدون علمه واما بعد القبض فان
كان الفساد في صلب العقد بان كان راجعا الى
احد البدلين كالبيع بالخمر والخنزير فكذلك ينفرد

احدهما بالفسخ لقوة الفساد وان كان الفساد
بشرط زايد بان باع الى اجل مجهول او غيره مما
فيه منفعة لاحد المتعاقدين يكون لمن له منفعة
الشرط الفسخ دون الاخر عند محمد لان منفعة
الشرط اذا كانت عايدة اليه كان قادرا على
تصحيحه بحذف الشرط فكان في حقه بمنزلة الصحيح
لقدرته عليه فلو فسخ الاخر لابطل حقه عليه
وعندهما لكل منهما فسخه لانه مستحق النقض
حقا للشرع وانتفى اللزوم عن العقد ومن له
النفع قادر على تصحيحه بالحذف والكلام فيما قبل
التصحيح فيفسخه بعلم صاحبه في الكل وعند ابي
يوسف لا يشترط علمه قال الا ان يبيع المشتري او
يهب او يحرر او يبني اي اذا تصرف فيه بهذه التصرفات
ليس لواحد منهما ان يفسخ لان المشتري ملك
المبيع بالقبض فينفذ فيه تصرفاته كلها وينقطع
به حق البايع في الاسترداد سواء كان تصرفا يقبل
الفسخ او لا يقبله الا الاجارة والنكاح فانهما
لا يقطعان حق البايع في الاسترداد لان الاجارة
عقد ضعيف يفسخ بالاعذار وفساد الشراء
عذر فتفسخ والنكاح لا يمنع فسخ البيع فينفسخ
ويرد على البايع والنكاح على حاله وما عداهما
من التصرفات يقطع حق الاسترداد لانه تعلق
به حق العبد لكن بنيه وعن الله تعالى بخلاف

والفسخ لحق الشرع وما اجتمع حق الله تعالى وحق العبد
الا وقد غلب حق العبد صح

هذه القاعدة منقوض بما ذكر علماء في باب الحج من ان المراة [illegible] بغير اذن زوجها وذكروا ايضا اذا كان [illegible] فقدم حق الزوج

حق

حق الشفعة حيث ينتقض فيه تصرف المشتري
لانه حق العبد فكان اولى بالشفعة ولانه
بالعتق قد هلك فيجب قيمته والبيع الثاني
مشروع باصله ووصفه والاول مشروع باصله
دون وصفه فكان الثاني اولى بالاعتبار وكذا
الهبة مشروعة باصلها ووصفها فكانت اولى
ولان تصرف المشتري حصل بتسليط البايع
فلا ينتقض بخلاف الشفيع حيث ينتقض تصرف
المشتري لعدم التسليط منه والكتابة والرهن
نظير البيع لانهما لازمان الا انه اذا عجز المكاتب
او فك الرهن يعود حق الاسترداد لزوال
المانع وكذا لو رجع في الهبة عاد حق الاسترداد
سواء كان بقضاء او بغير قضاء لانه يعود اليه قديم
ملكه في الوجهين وبالرد بالعيب يعود حق الاسترداد
لما ذكرنا وهذا كله اذا عاد المبيع الى ملك المشتري
بما يكون فسخا قبل قضاء القاضي بالقيمة على
المشتري وان كان بعده لا يعود حق الاسترداد
لانه قد تحول الحق الى القيمة بقضاء القاضي فلا
ينتقض قضاؤه بعد ذلك كالعبد المغصوب
اذا ابق ثم عاد بعد ما قضي على الغاصب
بالقيمة ويتعلق حق الوارث به لا يمنع حق
الاسترداد لان ملك الوارث خلافة فكان
في حكم عين ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب

فيما اشتراه المورث ويرد عليه بخلاف ملك
الموصى له على ما عرف في موضعه وقوله او بنى
اي ينقطع حق الاسترداد ببناء المشتري في
العقار المشترى شراء فاسدا وهذا عند
ابي حنيفة وعندهما لا ينقطع وعلى هذا الخلاف
الغرس لهما ان حق البائع في الاسترداد اقوى
من حق الشفيع في الاخذ حتى يحتاج في الاخذ
بالشفعة الى القضاء ويبطل بالتاخير ولا يورث
بخلاف حق البائع ثم حق الشفعة مع ضعفه لا
ينقطع بالبناء والغرس فهذا اولى وله ان البناء
والغرس حصل بتسليط البائع وهو مما يقصد
به الدوام فينقطع حقه في الاسترداد كالبيع
بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط
ولهذا لا يسقط ببيع المشتري وهبته فكذا
ببنائه وشك يعقوب رحمه الله في حفظ الرواية
عن ابي حنيفة رحمه الله ونص محمد رحمه الله ان
للشفيع ان ياخذ العقار المشترى شراء فاسدا
بالشفعة اذا بنى المشتري فيه عنده والبيع
الفاسد لا يجب فيه الشفعة ما دام حق الاسترداد
باقيا فلما وجبت فيه الشفعة عنده علم ان
حق البائع في الاسترداد قد انقطع عنده وهذا
ظاهر فاذا اخذه الشفيع ياخذه بالقيمة كما
اذا باعه المشتري فانه ياخذه بالقيمة ان

اختار

اختار الاخذ بالبيع الاول ونقض الثاني وان
شاء اخذه بالبيع الثاني بثمنه لانه بيع صحيح
فامكن ايجاب ثمنه فاذا اخذه منه بالشفعة
نقض البناء والغرس كما يفعل في البيع الصحيح
ولا يقال اذا نقض الشفيع البناء عاد حق
الاسترداد لزوال المانع لانا نقول ينقضه بعد
ما دخل في ملكه وملكه مانع من الاسترداد
ثم الاصل فيه ان المشتري متى فعل بالمبيع
فعلا ينقطع به حق المالك في الغصب ينقطع
به حق البائع في الاسترداد كما اذا كان حنطة
فطحنها ولو صبغ الثوب روى عن محمد ان البائع بالخيار
ان شاء اخذه واعطى ما زاد فيه الصبغ وان شاء
ضمنه قيمته كما في الغصب قال وله ان يمنع المبيع
عن البائع حتى ياخذ الثمن منه يعني اذا تفاسخا
بعد قبض العوضين كان للمشتري ان يحبس المبيع
حتى يرد البائع الثمن الذي قبضه لان المبيع
مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن واقرب
منه المبيع وان مات البائع فالمشتري احق به
حتى يستوفي الثمن لانه يتقدم عليه حال حياته
فكذا يتقدم على تجهيزه بعد وفاته وعلى هذا
ارباب الديون والورثة وعلى هذا الواستاجر
اجارة فاسدة ونقد الاجرة او ارتهن رهنا
فاسدا او اقرض قرضا فاسدا او اخذ به رهنا

له ان يحبس ما استاجر وما ارتهن حتى يقبض
ما نقد اعتبارا بالعقد الجائز اذا تقاسخا لانهما معاوضة
فتوجب التسوية بين البدلين فان مات الموجر
او الراهن او المستقرض فهو احق بما في يده من المقبوض
من سائر الغرما ولو اشترى من مديونه عبدا بدين
سابق له عليه شرا فاسدا وقبض العبد باذن
البائع فاراد البائع استرداد العبد بحكم الفساد
ليس للمشتري ان يحبس العبد لاستيفا ما له عليه
من الدين بخلاف الصحيح وكذا لو كانت الاجارة
بدين سابق عليها وقبض المستاجر العبد ثم فسخ
الموجر الاجارة بحكم الفساد له ان يسترد العبد
قبل ايفا الاجرة وليس للمستاجر الحبس بالاجرة
بخلاف الصحيح وكذا الرهن الفاسد لو كان بدين
سابق عليه قال **وطاب للبائع ما ربح لا المشتري** اي
لو اشترى شيا يتعين بالتعيين بما لا يتعين
كالدراهم والدنانير وربح كل واحد منهما طاب
للبائع ما ربح في الثمن ولم يطب للمشتري ما ربح في
المبيع لان العقد يتعلق بما يتعين فيتمكن الخبث
فيه ولا يتعلق العقد الثاني بما لا يتعين بل يجب مثله
في الذمة فلم يتمكن الخبث فيه فلا يجب التصدق به
هذا في الخبث الذي لفساد الملك وان كان الخبث
لعدم الملك كالمغصوب والامانات اذا خان فيها
المودع فانه يشمل ما يتعين وما لا يتعين عند

ابي

ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لتعلق العقد بملك الغير
فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من
حيث انه يتعلق بملك الغير سلامة المبيع وتقدير
الثمن وعند فساد الملك ينقلب الحقيقة شبهة
فيعتبر والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة فلا
يعتبر قضاء فالحاصل ان الاموال نوعان ما يتعين
بالعقد وما لا يتعين والحرمة نوعان حرمة
لعدم الملك وحرمة لفساده وقد ذكرناهما
فتامله وهل يتعين رد المقبوض من الثمن
بعينه في البيع الفاسد ام لا فقيل يتعين لانه
قبض مضمون بالمثل فصار كالغصب وقيل
لا يتعين لانه ملكه بالقبض فصار كما لو ملكه
بالقبض كما في البيع الصحيح والاول اصح وهو
رواية ابي سليمان والثاني رواية ابي حفص وقيل
على هذا لا يطيب له ما ربح في الثمن عندهما كما في
المغصوب قال **ولو ادعى على اخر دراهم فقضاها
اياه ثم تصادقا انه لا شي عليه طاب له ربحه**
اي ربحه في الدراهم لان الخبث لفساد الملك هنا
لان الدين وجب بتصادقهما اولا فملكه ثم استحق
بالتصادق انه لا دين عليه وبدل المستحق
مملوك الا ترى انه لو باع عبدا بجارية فاعتقه
المشتري ثم استحقت الجارية لا يبطل العتق
في العبد ولولا انه مملوك لبطل لانه لا عتق

فيما لا يملك ابن آدم وكذا لو حلف ان لا يبيع رقيق غيره
حتى يبيعه في دينه فباع عبدا لغيره بالدين
فقبضه الحالف وفارقه ثم استحق العبد مولاه
ولم يجز البيع لا يحنث الحالف لان المدين ملك ما في
ذمته بالبيع وهو بدل المستحق فلا يحنث الحالف
بالاستحقاق فاذا كان مملوكا وهو بسبب خبيث
لكونه مملوكا بملك الغير لا يعمل فيما لا يتعين ويعمل
فيما يتعين على ما بينا من قبل قال وكره النجش
والسوم على سوم اخيه والنجش بفتحتين ويروى
بالسكون ان يستام السلعة باكثر من ثمنها وهو
لا يريد شراها بل ليراه غيره فيقع فيه وانما كرهما لما روي
عن ابن عمر رضي الله عنه انه عليه الصلاة والسلام
نهى عن النجش وعن ابي هريرة رضي الله عنه انه عليه
الصلاة والسلام نهى ان يبيع حاضر لباد وان يتناجشوا
رواهما احمد ومسلم والبخاري وقال عليه الصلاة
والسلام لا يخطب الرجل على خطبة اخيه ولا يسوم
على سوم غيره وفي لفظ لا يبيع الرجل على بيع اخيه
ولا يخطب على خطبة اخيه رواه احمد ومسلم
والبخاري والمراد بالبيع الشرا وروى احمد عن ابن
عمر انه عليه الصلاة والسلام قال لا يبيع احدكم
على بيع اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه الا ان
ياذن له وروى النسائي انه عليه الصلاة
والسلام قال لا يبيع احدكم على بيع اخيه حتى يبتاع

او

او يذر ولان في ذلك ايحاشا واضرارا به فيكره وانما
يكره النجش فيما اذا كان الراغب في السلعة يطلبها
بمثل ثمنها واما اذا طلبها بدون ثمنها فلا باس بان
يزيد الى ان يبلغ قيمتها وكذا السوم انما يكره فيما
اذا جنح قلب البايع الى البيع بالثمن الذي سماه
المشتري واما اذا لم يجنح قلبه ولم يرض به فلا
باس لغيره ان يشتريه بازيد لان هذا بيع من
يزيد وقد قال انس انه عليه الصلاة والسلام
باع قدحا وحلسا فيمن يزيد رواه احمد والترمذي
ولانه بيع الفقرا والحاجة ماسة اليه وكذا النهي
عن الخطبة محمول عليها بعد الاتفاق والتراضي
قال وتلقي الجلب اي يكره تلقي المجلوب وصورته
ان واحدا من اهل المصر يتلقى الميرة فيشتري
منهم ثم يبيعه بما شا من الثمن وانما كره لقول ابن
مسعود رضي الله عنه انه عليه الصلاة
والسلام نهى عن تلقي البيوع رواه احمد والبخاري
ومسلم وعن ابي هريرة انه عليه الصلاة والسلام
نهى ان يتلقى الجلب الحديث رواه احمد ومسلم وغيرهما
من ايمة الحديث هذا اذا كان يضر باهل البلد بان
كانوا في قحط وان كان لا يضر بهم فلا باس به الا اذا
لبس السعر على الواردين قال وبيع الحاضر
للبادي لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما
انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد فقيل لابن عباس
ما قوله لا يبيع حاضر لباد قال لا يكون له سمسارا
رواه البخاري ومسلم واحمد وغيرهم وعن جابر
انه عليه الصلاة والسلام قال لا يبيع حاضر لباد
دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض رواه
مسلم واحمد وابو داود وغيرهم وقال انس
رضي الله عنه نهينا ان يبيع حاضر لباد وان
كان اخاه لابيه وامه رواه البخاري واحمد ومسلم
وقال ابن عمر رضي الله عنهما نهى النبي صلى الله عليه
وسلم ان يبيع حاضر لباد رواه البخاري والنسائي
وتفسيره ما ذكرناه عن ابن عباس رضي الله عنهما
وفي الهداية هذا اذا كان اهل البلد في قحط وعوز
وهو يبيع من اهل البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه
من الاضرار بهم واما اذا لم يكن كذلك فلا باس
لانعدام الضرر وفي شرح المختار هو ان يجلب البادي
السلعة فياخذها الحاضر ليبيعها له بعد وقت
باغلى من السعر الموجود وقت الجلب قال **والبيع
عند اذان الجمعة** لقوله تعالى وذروا البيع ولان
فيه اخلالا بالواجب على بعض الوجوه وهو السعي
بان قعد للبيع او وقفا له وذكر في النهاية انهما اذا
تبايعا وهما يمشيان فلا باس به وعزاه الى اصول
الفقه لابي اليسر وهذا مشكل فان الله تعالى قد
نهى عن البيع مطلقا فمن اطلقه في بعض الوجوه

صح اباه

يكون

يكون تخصيصا وهو نسخ فلا يجوز بالراي والاذان
المعتبر في تحريم البيع هو الاول اذا وقع بعد الزوال
على المختار وقد بيناه في كتاب الصلاة قال **لابيع
من يزيد** اي لا يكره بيع من يزيد وقد بيناه قال
ولا يفرق بين صغير وذي رحم محرم منه سواء
كان الآخر صغيرا مثله او كبيرا لقوله عليه الصلاة
والسلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله
بينه وبين احبته يوم القيامة رواه احمد
والترمذي وعن علي رضي الله عنه انه قال
امرني النبي صلى الله عليه وسلم ان ابيع غلامين
اخوين فبعتهما وفرقت بينهما فذكرت ذلك له
فقال ادركهما فارتجعهما ولا تبعهما الا جميعا
رواه احمد وفي رواية وهب لي النبي صلى الله
عليه وسلم غلامين اخوين فبعت احدهما
فقال لي ما فعل غلاماك فاخبرته فقال لي رده رده
رواه الترمذي وابن ماجه وعن ابي موسى قال
لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم من فرق
بين الوالد وولده وبين الاخ واخيه رواه ابن
ماجه والدارقطني وعن علي رضي الله عنه انه
فرق بين جارية وولدها فنهاه النبي صلى الله
عليه وسلم عن ذلك ورد البيع رواه ابو داود
والدارقطني ولان الصغير يستانس بالصغير والكبير
والكبير يتعاهده ويشفق عليه ويقوم بحوائجه

باعتبار الشفقة الناشئة من قرب القرابة وفي
التفريق بينهما ايحاش الصغير وترك المرحمة عليه
وقال عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا
ولم يوقر كبيرنا فليس منا ولا بد من اجتماعهما
في ملكه حتى لو كان احدهما له والاخر لابنه
الصغير له ان يبيع احدهما لان الملك متفرق
فلا منتا وله النهي عن التفريق ثم المنع معلول
بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه قريب
غير محرم ولا محرم غير قريب ولو كان التفريق
بحق مستحق عليه لا يكره كدفع احدهما بالجناية
وبيع احدهما بالدين ورده بالعيب لان المنع
عن التفريق لدفع الضرر عن الصغير فلا يكون من
دفع الضرر عنه على وجه يلحق الضرر بغيره وهو
المولى لانه يتضرر بالزامه الفدا لولي الجناية
والزامه القيمة للغرماء والزامه المعيب من غير
اختياره وكذا لا باس بالتفريق اذا تعذر اخراج
احدهما بالتدبير او الاستيلاد او الكتابة
لما ذكرنا وله ان يعتق احدهما وان كان فيه
تفريق لانه انفع له من ابقائه على الرق ولانه
ليس بتفريق معنى لان الحر يقدر ان يدور معه
حيث دار وكذا له ان يبيع احدهما ممن حلف بعتقه
ان اشتراه او ملكه لما ذكرنا وله ان يعتق احدهما
وان كان فيه تفريق لانه انفع له من ابقائه

على

على الرق ولانه ليس بتفريق معنى لان الحر يقدر
ان يدور معه حيث دار وكذا له ان يبيع احدهما
ممن حلف بعتقه ان اشتراه او ملكه لما ذكرنا
في الاعتاق ولو كان الولد مسلما وامه كافرة بان
اسلم ابوه وتبعه فيه ومولاهما كافر يجبر على بيع
الولد وحده لانه خير له من ابقائه في ذل الكافر
وفي النهاية هذا كله اذا كان المالك مسلما حرا
كان او مكاتبا او ماذونا له في التجارة واما
اذا كان كافرا فلا يكره التفريق لان ما فيه من
الكفر اعظم والكفار غير مخاطبين بالشرايع
ولو كان للصغير قريبان مستويان في القرب
فان اختلفت جهة قرابتهما له لا يفرق ولا يباع
واحد منهما دونهما وذلك مثل الاب والام
او الاخت لاب والاخت لام او ابوين ان ادعاه رجلان معا او
عمه وخاله لان لكل واحد منهما شفقة ليس للاخر
وله بكل واحد منهما استيناس خلاف الاستيناس
بالاخر وان اتحدت جهة قرابتهما كالاخوين او
الخالتين او العمتين لاب وام او لاب او لام يكتفى
باحدهما معه لان حق الصغير مرعي به فيبيعه او
يتركه مع الواحد منهما لانه يستانس به ويقوم
بحوائجه وان كان احدهما اقرب من الاخر كما لو
كان مع الام او الجدة عمة او خالة او احد الاخوة
والاخوات او كان مع الاخت لاب وام اخت لاب

او لام لا يعتد بالابعد لان شفقته مع شفقة
الاقرب كالمعدوم وينفذ البيع في الكل لان النهي
لغيره وهو ما فيه من ايحاش الصغير او الاضرار
باهل البلد او بالواردين اذا اكثر السعر عليهم
ونحو ذلك على ما بينا فلا يوجب الفساد وعن ابي
يوسف رحمه الله انه يفسد البيع في قرابة
الولاد ويجوز في غيره وعنه انه يفسد في الجميع
لما روينا انه عليه الصلاة والسلام رد البيع في
الولاد وامر بالرد في غيره وهو لا يكون الا في
الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله مضافا
الى محله فينعقد والنهي لمعنى مجاور له غير متصل به
فلا يوجب الفساد كالبيع عند الاذان وكثر امثاله
أستامه غيره والمروي محمول على الاقالة او على
بيع الاخر ممن باع منه احدهما قال رحمه الله
بخلاف الكبيرين والزوجين حيث يجوز تفريقهما
لان النص ورد على خلاف القياس في القرابة
المحرمة للنكاح اذا كان صغيرا فلا يلحق به غيره
لان الكبيرين او الزوجين وان كانا صغيرين
ليسا في معنى المنصوص عليه وذكر سلمة بن الاكوع
انهم اصابوا من فزارة سبيا وفيهم امراة معها
بنتها فنفله ابو بكر بنتها وكان عليهم اميرا فلما
قدموا المدينة قال له النبي صلى الله عليه وسلم
يا سلمة هب لي المراة فذكر انها اعجبته ولم يكشف

لها ثوبا ثم قال هي لك يا رسول الله فبعث بها عليه
الصلاة والسلام الى اهل مكة وفي ايديهم اسارى
من المسلمين ففداهم بتلك المراة والحديث فيه
طول رواه احمد ومسلم وفرق رسول الله صلى
الله عليه وسلم بين مارية وكانتا امتين
اختين ولو كان مع امراة مسبية صبي ادعت
انه ابنها لا يثبت نسبه منها لانها تحمل النسب على
الغير ولا يفرق بينها وبينه لان قول الواحد مقبول
في الديانات لا سيما في موضع الاحتياط وقد وجد
فيه امارة الصدق ولو باع الام على انه بالخيار ثم
اشترى الولد يكره التنفيذ لانهما اجتمعا في ملكه فيصير
مفرقا بالتنفيذ ولو كان في ملكه صبي واشترى امه
بشرط الخيار له ان يردها بالاتفاق اما عند ابي حنيفة
رحمه الله فلانهما لم يجتمعا في ملكه فلم يكن مفرقا واما
عندهما فلانه لو لم يكن له الرد لتضرر به لان الفسخ
حقه فلا يمنع منه والله اعلم بالصواب باب
الاقالة قيل الاقالة مشتق من القول والهمزة
للسلب اي ازالة القول الاول وهو ما جرى بينهما
من البيع كاشكى اذا ازال شكواه ولا يكاد يصح هذا
لانهم قالوا اقلته البيع بالكسر فدل على ان عينه ياء
ولو كان من القول لقيل قلته بالضم وقد قالوا اقاله
البيع قيلا وهذا دليل الاول وهي مشروعة مندوب
اليها لقوله عليه الصلاة والسلام من اقال نادما عثرته

وسيرين م

يوم القيامة قال رحمه الله **وهي فسخ في حق المتعاقدين**
بيع في حق ثالث وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله الا
ان لا يمكن جعله فسخا بان ولدت المبيعة بعد
القبض او هلك المبيع في غير المقايضة فتبطل الاقالة
ويبقى البيع على حاله لتعذر الفسخ اذ الزيادة
المنفصلة المتولدة من المبيع تمنع الفسخ لما ذكرنا
في باب الرد بالعيب ولا يتصور الفسخ بعد هلاك
المبيع على ما نبين فتبطل هذا اذا تقايلا بعد
القبض وان كانت قبل القبض فهي فسخ في حق الكل
في غير العقار لتعذر جعلها بيعا وقال ابو يوسف
هي بيع الا ان لا يمكن جعلها بيعا بان كانت قبل
القبض في المنقول او كانت بعد هلاك احد العوضين
~~في المنقول او كانت بعد هلاك~~ في المقايضة فيجعل
فسخا الا ان لا يمكن جعلها بيعا ولا فسخا بان كانت
قبل القبض في المنقول باكثر من الثمن الاول او باقل
منه او بجنس اخر او بعد هلاك السلعة في غير
المقايضة فتبطل البيع الاول على حاله لان بيع
المنقول قبل القبض لا يجوز والفسخ يكون بالثمن
الاول وقد سميا خلافه وقال محمد رحمه الله هي فسخ
الا اذا تعذر جعلها فسخا بان تقايلا باكثر من
الثمن الاول او بخلاف جنسه او ولدت
المبيعة بعد القبض فيجعل بيعا جديدا الا ان لا
يمكن جعله فسخا ولا بيعا بان كانت قبل القبض

ويبقى ه

باكثر

باكثر من الثمن الاول او بجنس اخر فتبطل ويبقى
البيع الاول على حاله لان الفسخ لا يكون على خلاف
الثمن الاول والبيع لا يجوز قبل القبض وبالاقل
من الثمن يكون فسخا عنده بالثمن الاول لانه
سكوت عن بعض الثمن ولو هو سكت عن الكل
كان فسخا فكذا اذا سكت عن البعض لمحمد رحمه
الله ان اللفظ موضوع للفسخ والرفع يقال
اللهم اقلني عثراتي فيعمل بمقتضاه واذا تعذر
يحمل على محتمله وهو البيع ولهذا صار بيعا
في حق ثالث لعدم ولايتهما عليه ولابي يوسف
رحمه الله انها تمليك من الجانبين بعوض مالي
بالتراضي وهو البيع والعبرة للمعاني دون
الالفاظ المجردة كالكفالة بشرط براءة
الاصيل حوالة وبالعكس كفالة ولهذا تبطل
بهلاك المبيع ويرد بالعيب ويتجدد بها حق
الشفعة للشفيع وهذه احكام البيع الا اذا
تعذر فيجعل فسخا لانها موضوعة له او محتمله
ولابي حنيفة رحمه الله انها تنبئ عن الفسخ
والرفع والاصل في الكلام ان يحمل على حقيقته
ولا تحتمل ابتداء العقد اصلا لتحمل عليه عند
التعذر ولهذا لو اراد بها ابتداء العقد لا يصح
ولو كان محتملا له لصح وانما لا يصح لانه ضده
واللفظ لا يحتمل ضده فصار باطلا وكونه بيعا

في حق الثالث امر ضروري لانه تثبت به مثل
حكم البيع وهو الملك لا بمقتضى الصيغة فحمل
عليه في حق غيرهما لعدم ولايتهما عليه
قال رحمه الله **ويصح بمثل الثمن الاول وشرط**
الاكثر او الاقل بلا تعيب وجنس اخر لغو ولزمه
الثمن الاول وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
لانه لما كانت الاقالة عنده فسخا والفسخ يرد
على عين ما يرد عليه العقد كان اشتراط خلاف
الثمن الاول باطلا وشرط لعدم جواز اشتراط
الاقل عدم التعيب عند المشتري واما اذا
تعيب عنده فيجوز بالاقل فيجعل الحط بازاء
ما فات بالعيب ولهذا يشترط ان يكون النقصان
بقدر حصة ما فات بالعيب ولا يجوز ان ينقص
اكثر منه ولا يجوز الا بلفظ الاقالة بلفظين يعبر
باحدهما عن الماضي والاخر عن المستقبل
كالنكاح وعند محمد رحمه الله يشترط ان
يعبر بهما عن الماضي ~~والاخر عن المستقبل كالنكاح~~
~~وعند محمد رحمه الله يشترط ان يعبر بهما عن~~
~~الماضي~~ ولو كانت الاقالة بلفظ المفاسخة او الرد
او المتاركة لا يكون فسخا ثم فايدة كون الاقالة
فسخا في حق المتعاقدين تظهر في خمس مسايل صوابه فسخا
احداها انه يجب على البايع رد الثمن الاول وما سميا
بخلافه يكون باطلا والثانية ان الاقالة لا تبطل

بالشروط

في حقهما الفسخ اذا تقايلا فلم يرد
البايع المبيع حتى باعه منه ثانيا جاز
ولو كانت بيعا صح

بالشروط الفاسدة ولو كانت بيعا لفسد لكونه
باعه قبل القبض ولو باعه من غير المشتري
لم يجز لانه بيع جديد في حق غيرهما والرابعة
اذا وهب المبيع من المشتري بعد الاقالة قبل
القبض جازت الهبة ولو كانت بيعا لا تفسخ لان
البيع ينفسخ بهبة المبيع للبايع قبل القبض
والخامسة لو كان المبيع مكيلا او موزونا
وقد باعه منه بالكيل او الوزن ثم تقايلا
واسترد المبيع من غير ان يعيد الكيل او الوزن
جاز قبضه بلا كيل ولا وزن ولو كان بيعا
لما جاز وقوله بيع في حق غيرهما يظهر
فايدته في خمس مسايل احداها لو كان المبيع
عقارا فسلم الشفيع الشفعة ثم تقايلا
يقضى له بالشفعة لكونه بيعا جديدا في حقه
كانه اشتراه منه والثانية اذا باع المشتري المبيع
من اخر ثم تقايلا ثم اطلع على عيب كان في
يد البايع فاراد ان يرده على البايع ليس له ذلك
لانه بيع في حقه فكانه اشتراه من المشتري
والثالثة اذا اشترى شيئا فقبضه ولم ينقد الثمن
حتى باعه من اخر ثم تقايلا وعاد الى المشتري
فاشتراه منه قبل نقد ثمنه باقل من الثمن
الاول جاز وكان في حق البايع كالمملوك بشراء
جديد من المشتري الثاني والرابعة اذا كان

المبيع موهوبا فباعه الموهوب له ثم تقايلا
ليس للواهب ان يرجع في هبته لان الموهوب
له في حق الواهب بمنزلة المشترى
من المشترى منه والخامسة اذا اشترى
بعروض التجارة عبد الخدمة بعد ما حال
عليها الحول فوجد به عيبا فرده بغير
قضا واسترد العروض فهلكت في يده
فانه لا يسقط عنه الزكاة لانه بيع جديد
في حق الثالث وهو الفقير لان الرد بالعيب
بغير قضا اقالة وقوله بيع في حق ثالث
مجرى على اطلاقه وقوله فسخ في حق المتعاقدين
غير مجرى على اطلاقه لانه انما يكون فسخا
فيما هو من موجبات البيع اي آثار العقد ولوازمه وهو ما يثبت العقد ص
بنفس العقد من غير شرط واما اذا لم يكن من
موجبات العقد وانما يجب بشرط زائد فالاقالة
فيه تعتبر بيعا جديدا في حق المتعاقدين
ايضا كما اذا اشترى بالدين المؤجل عينا
قبل حلول الاجل ثم تقايلا يعود الدين
حالا كانه باعه منه وكما اذا تقايلا
ثم ادعى رجل ان المبيع ملكه وشهد
المشترى بذلك لم تقبل شهادته كانه
هو الذي باعه ثم شهد انه لغيره
ولو كانت فسخا لقبلت الا ترى ان

المشترى

المشترى لو رد المبيع بعيب بقضا وادعى
المبيع رجل وشهد المشترى بذلك تقبل
شهادته لانه بالفسخ عاد ملكه القديم فلم
يكن متلقيا من جهة المشترى لكونه فسخا
من كل وجه وكذا لو باع عبدا بطعام بغير
ض عينه وقبض ثم تقايلا لا يتعين الطعام المقبوض
للرد كانه باعه من البايع بطعام غير معين
وكذا لو قبض اردى من الثمن الاول او اجود
منه يجب رد مثل المشروط في البيع الاول
كانه باعه من البايع بمثل الثمن الاول
وقال الفقيه ابو جعفر رحمه الله يجب
عليه رد مثل المقبوض لانه لو وجب عليه
مثل المشروط للزمه زيادة ضرر بسبب
تبرعه ولو كان الفسخ بخيار رؤية او شرط
او لعيب بقضا يجب رد المقبوض اجماعا
لانه فسخ من كل وجه بخلاف الاقالة
والرد بعيب بغير قضا قال **وهلاك المبيع**
يمنع اي يمنع صحة الاقالة لان شرط صحة
الاقالة قيام العقد لانها رفع العقد
والعقد يقوم به وهو محل له فلا يبقى
بعد هلاكه بخلاف هلاك الثمن حيث لا يمنع
من صحتها لان الثمن ليس بمحل للعقد فلا
يشترط قيامه وهذا لانه يثبت لحكم الوجود

فى الذمة بالعقد فكان حكما للعقد وحكم الشئ
يعقبه فلايكون محلا له لان المحل شرط والشرط
يسبق فكان بينهما تناف ولهذا يبطل البيع
بهلاك المبيع قبل القبض لا بهلاك الثمن
قال وهلاك بعضه بقدره اى هلاك
بعض المبيع يمنع صحة الاقالة بقدره لان الجزء
معتبر بالكل فيتقدر بقدره ولو تقايضا
عبدا بجارية فهلك احدهما صحت
الاقالة فى الباقى منهما لان كل واحد منهما
مبيع فكان المبيع قايما بخلاف ما لو هلكا
جميعا حيث لايجوز لعدم محله بخلاف ما لو
هلك البدل لان فى الصرف حيث تجوز
الاقالة بعد هلاكهما لان المعقود عليه
فى الصرف ما وجب لكل واحد منهما فى ذمة
صاحبه وذلك لايتصور هلاكه والمقبوض
غيره فلا يمنع هلاكه صحة الاقالة
ولهذا لو كانا قايمين وتقايلا لايلزمهما
رد المقبوض بعينه بل لهما ان يردا مثل
مثل المقبوض من جنسه فعلم بذلك انه
لاتعلق له بالمقبوض الا ترى انهما لو تقايلا
ثم هلك البدل لا تبطل الاقالة فكذا لو
تقايلا بعد هلاكهما بخلاف بيع المقايضة
لان الاقالة تتعلق باعيانهما كالبيع فيبطل

بهلاكهما

بهلاكهما قبل القبض كالبيع لتعين البدلين
فيهما والله تعالى اعلم بالصواب باب
التولية وهى ان يجعل غيره واليا فكان المشترى
يجعل المشترى منه واليا بما اشتراه ثم انواع
البياعات بحسب الثمن الذى يذكر بمقابلة
السلعة انواع اربعة المساومة وهى التى
لا يلتفت فيها الى الثمن السابق والمرابحة
والتولية والوضيعة وهى البيع بانقص من الثمن
قال رحمه الله هى اى التولية بيع بثمن سابق
والمرابحة به وبزيادة وهذا احسن من قول
بعضهم بما نقل ما ملكه بالعقد الاول
بالثمن الاول مع زيادة ربح او من غير
زيادة ربح لانه لا يشترط فيه ان ينقل ما
ملكه بالعقد حتى لو ضاع المغصوب عند
الغاصب وضمن قيمته ثم وجده جاز له
ان يبيعه مرابحة وتولية على ما ضمن وان لم
يكن فيه نقل ما ملكه بالعقد والعقدان
جايزان شرعا لاجتماع شرايط البيع ولتعامل
الناس بهما الى يومنا هذا ولان من لا يهتدى
الى التجارة يحتاج ان يعتمد على فعل الذكى
المهتدى فيها ويطيب نفسه بالزيادة
على ما اشتراه ولهذا كان مبناهما على
الامانة والاحتراز عن الخيانة وشبهتها

ومست الحاجة الى هذا النوع من البياعات
فوجب القول بجوازهما ولما اراد عليه الصلاة
والسلام الهجرة ابتاع ابو بكر رضي الله عنه
بعيرين فقال له عليه الصلاة والسلام ولني
احدهما فقال له هو لك بغير شي فقال اما بغير
ثمن فلا قال وشرطهما كون الثمن الاول مثليا لانه
لانه اذا لم يكن مثليا لم يعرف قدره فلا يتحقق
التولية ولا المرابحة فلا يجوز الا اذا باعه بذلك
البدل ممن يملكه او به وزيادة ربح معلوم
فحينئذ يجوز لانتفاء الجهالة ولو باعه به
وبعشر قيمته او ثمنه لا يجوز لانه باعه بذلك
وببعض قيمته ذلك وهو مجهول فلا يجوز
ولو كان البدل مثليا فباعه به وبعشره ان كان
المشتري يعلم جملة الثمن صح وان لم يكن عالما
به فان علم في المجلس جاز وله الخيار والا فسد
كما لو باع الثوب برقمه ومن شرطهما ان لا
يكون صرفا حتى لو باع دنانير بدراهم
لا يجوز فيه المرابحة ولا التولية لانهما في
الذمة فلا يتصور فيه المرابحة والتولية
والمقبوض غير ما وجب بالعقد قال وله
ان يضم الى راس المال اجر القصار والصبغ
والطراز والفتل وحمل الطعام وسوق الغنم
لان العرف جرى بالحاق هذه الاشيا براس المال

وهو

وهو المعتبر ولهذا لا يجد ذلك خيانة اذا
تبين له والاصل فيه ان كل ما يزيد في المبيع
او في قيمته يلحق به فهذا هو الاصل وما
ذكرنا بهذه الصفة لان الصبغ والفتل
والقصارة والطراز يزيد في العين والحمل
والسوق يزيدان في القيمة لانها تختلف
باختلاف الاماكن وعلى هذا له ان يضيف
اليه اجرة الغسل والخياطة ونفقة
تجصيص الدار وطي البير وكرى الانهار
والقناة والمسناة والكراب وكسح الكروم
وسقيها والزرع وغرس الاشجار فان فعل
شيا من ذلك بيده لا يضمه وذكر في المحيط
انه يضم طعام المبيع وكسوته وكراه واجرة
السمسار ان كانت مشروطة في العقد والاكثر مم
على انها لا تضم ولا يضم اجرة الدلال بالاجماع
وكذا ما هو سبب لبقايه الى وقت كالطعام
في المخزن يضم لانه تزداد قيمته من حيث
انه يدفع عنه ضرر الحر والبرد قال ويقول
قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا تحرزا
عن الكذب قال ولا يضم اجرة الراعي والتعليم
وكرا بيت الحفظ لعدم العرف بالحاقه براس
المال ولان الرعي حفظ وهو لا يزيد في العين
ولا في القيمة شيا وثبوت الزيادة في التعليم

لعين في نفسه وهو ذكاوه ودسمه ولا يضم
حفر البير وضم اجرة من يذبح الحيوان ويسلخها
واتخاذ الخشب ابوابا وثقب اللؤلؤ ولو زوج
العبد لا يضم المهر الى راس المال ولا يحط مهر
الامة لو زوجها ولا يضم اجرة الطبيب والرايض
والبيطار والحجامة وجعل الابق ونفقته
نفسه وكراه واجرة الختان والفدا في الجناية
لان التجار لا يضمون هذه الاشيا الى راس
المال ولانها لا تزيد شيئا في العين ولا في القيمة
فلا يجوز الحاقها براس المال والذي يوخذ
في الطريق من الظلم لا يضم الا في موضع جرت
العادة فيه بينهم بالضم قال فان خان في
مراجحة اخذ بكل ثمنه او رده وحط في التولية وهذا عند ابي
حنيفة وقال ابو يوسف يحط فيهما وقال محمد
رحمه الله يخير فيهما لانهما باشرا عقدا باختيارهما
بثمن معلوم فينعقد بالمسمى فيه كما لو باعه
مساومة وذكر المراجحة والتولية للترويج
والترغيب فجرى مجرى الوصف فاذا فات
الوصف المرغوب فيه يتخير كما في ساير
الاوصاف وكما اذا وجده معيبا ولابي
يوسف ان الاصل فيه المراجحة والتولية
ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول
او بعتك مراجحة على الثمن الاول اذا كان

الثمن

ا ر رايض الفرس

الثمن والربح معلومين وذكر الثمن جار مجرى
التفسير فلا بد من بنا العقد الثاني على الاول
في حق الثمن وقدر الخيانة لم يكن ثابتا في العقد
الاول فلا يمكن اثباته في العقد الثاني فيحط
ضرورة غير انه في التولية يحط قدر الخيانة
من الثمن لا غير وفي المراجحة يحط ذلك القدر من
راس المال ويحط من الربح ايضا بحسابه لان
الربح ينقسم عليهما فما اصاب الخيانة سقط
عنه معه وما اصاب غيره ثبت معه ولابي
حنيفة رحمه الله في الفرق بينهما ان التولية
بنا على العقد الاول من كل وجه فلا بد من تقديره
بالثمن الاول ولا يثبت فيه ما لم يكن ثابتا في
العقد الاول والمراجحة عقد مبتدا باشراه
باختيارهما وليس يبنى على الاول فينعقد بالثمن
المسمى فيه ولهذا لا يحتاج في التولية الى ذكر
الثمن وفي المراجحة لا بد من ذكر الثمن ليتبين
قدر الربح فينعقد مسميا ولانه لو لم يحط
في التولية لم يبق تولية لانه يزيد على الثمن
الاول فيصير مراجحة فيتغير به التصرف ولو لم
يحط في المراجحة يبقى مراجحة على حاله الا ان
الربح اكثر مما ظنه المشتري فلم يتغير التصرف
فيه فامكن اعتبار التسمية فيه وثبت له الخيار
لفوات الرضا ولو هلك المبيع قبل ان يرده او



حدث به ما يمنع الرد لزمه بجميع الثمن المسمى
وسقط خياره عند ابي حنيفة رحمه الله وهو
المشهور من قول محمد رحمه الله لانه مجرد
خيار فلا يقابله شئ من الثمن كخيار الروية
والشرط بخلاف خيار العيب لان المستحق فيه
للمشتري الجزء الفايت وعند العجز عن تسليمه
يسقط ما يقابله من الثمن وعن محمد رحمه الله
ان المشتري يرد قيمة المبيع ويرجع على البايع
بما دفعه اليه من الثمن بناء على اصله في اقامة
القيمة مقام المبيع في التحالف وعلى قول ابي
يوسف رحمه الله يحط كيف ما كان وكذا عند ابي
حنيفة رحمه الله في التولية لانه لم يكن له خيار
الرد والاخذ به وانما يلزمه الاخذ بالثمن
الاول ولو وجد المولى بالمبيع عيبا ثم حدث
به عنده عيب لا يرجع بنقصان العيب لانه
لو رجع يصير الثمن الثاني انقص من الاول وقضية
التولية ان يكون مثل الاول قال ومن اشترى
ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان باعه بربح
طرح عنه كل ربح قبله وان احاط بثمنه لم
يرابح يعني اذا باعه بربح ثانيا بعدما اشتراه
ثانيا طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك اذا باعه
مرابحة وان استغرق الربح الثمن لا يبيعه
مرابحة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما

يبيعه

يبيعه مرابحة على الثمن الاخير مثاله اذا اشترى
ثوبا بعشرين ثم باعه مرابحة بثلاثين ثم
اشتراه بعشرين فانه يبيعه مرابحة على عشرة
ويقول قام علي بعشرة ولو اشتراه بعشرين
وباعه بار بعين مرابحة ثم اشتراه بعشرين
لا يبيعه مرابحة اصلا وعندهما يبيعه مرابحة
على العشرين في الفصلين لان الاخير عقد
متجدد منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بناء
المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث بان باعه
المشتري من اجنبي ثم باعه الاجنبي من البايع
ثم اشتراه الاول منه فانه يبيعه مرابحة
على الثمن الاخير وله ان شبهة حصول الربح الاول
بالعقد الثاني ثابتة لانه يتاكد به بعدما كان
على شرف الزوال بالظهور على عيب والشبهة
كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا ولهذا لا يجوز
المرابحة فيما اخذه بالصلح لشبهة الحطيطة
فيه وكذا فيما اشتراه من اصوله او فروعه
لما له من التوسع في ماله الحق بملكه فيصير
كانه اشترى عشرة وثوبا بعشرين في الفصل
الاول فيطرح عشرة لانه بالعقد الثاني تاكد وا
من بطلانه وللتاكد حكم الحصول الا ترى ان
شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون
نصف المهر لتاكيدهم ما كان على شرف السقوط

بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التاكيد حصل بغيره
ويصير فى الفصل الثانى كانه اشترى ثوبا
وعشرين بعشرين درهما فصار العشرون بالعشرين
ولم يبق فى مقابلة الثوب شى فلا يبيعه مرابحة
ولا يقال على هذا اوجب ان يفسد البيع لعدم
ما يقابل الثوب من الثمن لانا نقول الربح
الاول لم يصر مقابلا بالثوب فى العقد الثانى
حقيقة وانما اعطى له حكم المقابلة احترازا عن
الخيانة فيما بنى على الامانة وهو حق العبد
ولا ينهض ذلك لافساد العقد لان المنع فى باب
المرابحة لحق العبد لا لحق الشرع ولا يلزم ما اذا
باع مساومة والمسالة بحالها حيث يجوز بالاجماع
لانها ليست بمبنية على الامانة قال **ولو اشترى**
ماذون مديون ثوبا بعشرة وباع من
سيده بخمسة عشر يبيعه مرابحة على عشرة
وكذا العكس اى وكذا لو اشترى المولى ثوبا
بعشرة ثم باعه من عبده الماذون له فى التجارة
المستغرق بالدين بخمسة عشر يبيعه العبد
مرابحة على عشرة لان العقد الذى جرى بينهما
وان كان صحيحا لافادته ملك العين او التصرف
له شبهة العدم لان العبد ملكه وما فى يده
لا يخلو عن حقه فاعتبر عدما فى حق المرابحة
لابتنائها على الامانة ونفى الاعتبار للشراء

الاول

الاول فصار كان العبد اشتراه للمولى بعشرة
فى الفصل الاول وكانه يبيعه للمولى فى الفصل
الثانى فيعتبر الثمن الاول لا غير لان الزايد
عليه داير بين المولى والعبد فلم يتم خروجه
عن ملك من كان له وهذا لان المرابحة بيع امانة
لقبول قوله من غير بينة ولا يمين فينفى عنها كل
تهمة وشبهة خيانة والمسامحة بينهما ظاهرة
لكل احد فيكون ما زاد على الثمن الاول باقيا
على ملكه فلا يعتبر خارجا عنه الا اذا لم يبين
وان بين انه اشتراه من عبده او من سيده جاز
لزوال التهمة واشتراط الدين على العبد كانه
وقع اتفاقا لانه اذا كان لا يجوز مع الدين ان
يبيعه مرابحة فمع عدم الدين اولى لوجود
ملك المولى فيه بالاجماع وذكر فى المبسوط هذه
المسالة ولم يقيده بدين العبد والمكاتب
فى هذا كالعبد الماذون له لوجود التهمة بينهما
قال **ولو كان مضاربا يبيع مرابحة رب المال**
باثنى عشر ونصف اى ولو كان من عمل هذا
العمل مضاربا بان كان معه عشرة دراهم مضاربة
بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب
المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثنى
عشر ونصف لان نصف الربح وهو درهمان ونصف
سلم لرب المال ولم يخرج عن ملكه فيحط عنه

الثمن بقى اثنى عشر ونصف خارجة عن ملكه
عشرة منها دفعها المضارب الى بايعه ودرهمان
ونصف نصيب المضارب من الذى دفعه اليه
رب المال بحكم انه الثمن فنضم ما خرج منه فى
تحصيل هذا الثوب اثنى عشر درهما ونصفا
فيبيعه مرابحة عليها وقال زفر رحمه الله لا يجوز
هذا البيع من رب المال لانه يبيع ماله بماله
قلنا يستفيد كل واحد منهما بهذا العقد ملك
اليد والتصرف وان كان لا يستفيد ملك الرقبة
فكان صحيحا لافادته ولا يلزم من جواز البيع
افادة ملك الرقبة الا ترى ان المكاتب يجوز
تصرفاته ولا يفيد ملك الرقبة وانما يفيد
ملك اليد فعلم بذلك ان البيع يتبع الفايدة
لا الملك عينا وقد وجدت الفايدة هنا اما فى
حق المضارب فظاهر واما فى حق رب المال
فانه يملك التصرف فيما اشتراه منه بالشراء
ولا يملكه قبله وان كان ملكه لان المضارب
تعلق له به حق ولهذا لا يملك رب المال وطى
الجارية التى اشتراها المضارب وان لم يكن فيها
ربح وكذا لا يملك نهيه عن بيع العروض والكلام
فيه لكنه مع هذا فيه شبهة العدم لان
المضارب وكيل عنه فى البيع الاول من وجه
فاعتبر البيع الثانى عدما فى حق نصف الربح

قال

قال ويرابح بلا بيان بالتعيب ووطى الثيب اى اذا تعيب المبيع
من غير صنعه ووطى الثيب يبيعه مرابحة من
غير ان يبين لانه لم يحتبس عنده شئ يقابله الثمن
لان الفائت وصف وهو لا يقابله شئ من الثمن
بمجرد العقد لكونه تبعا ولهذا لو حدث بالمبيع
عيب قبل القبض لا يسقط شئ من الثمن غير
ان المشترى يتخير بين اخذه بجميع الثمن وتركه
وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن اذا لم
ينقصها الوطى ومعنى اداء الامانة بالصدق
وهو صادق اذا بقى جميع ما يقابله الثمن
وعن ابى يوسف رحمه الله فى التعيب انه لا يبيع
من غير بيان كما اذا حصل بفعله وهو قول
الشافعى رضى الله عنه وزفر على اختلاف تخريجهما
فان زفر رحمه الله تعالى يوجب البيان باعتبار ان
المشترى لو علم انه اشتراه من غير عيب لم يرض
فيه بذلك الثمن بعد ما دخله العيب والشافعى نعى
رحمه الله يوجب البيان باعتبار ان الاوصاف
لها حصة من الثمن عنده ولا فرق فيه بين ان
يحصل بفعله او بآفة سماوية ونحن نقول
ما يقابله الثمن كله قايم فلا يبالى بذهاب
ما لا يقابله الثمن الا ترى انه لو توسخ الثوب
المشترى لا يجب عليه البيان فصار نظير ما اذا
نقص بتغير السعر وفى نوادر هشام ذكر محمد

نقال هذا اذا انتقصه العيب شيا يسيرا وان
نقصه قدرما لايتغابن الناس فيه لايجوز
بيعه مرابحة قال وبيان بالتعييب ووطى
البكر اى ببيعه مرابحة بشرط ان يبين العيب
اذا كان حادثا بالتعييب سواكان ذلك بفعله
او بفعل غيره واخذ ارشه لانه صار مقصودا
بالاتلاف فيقابله شئ من الثمن ووطى البكر
تعييب لان العذرة جزء من العين فازالتها
تعييب لها يقابله الثمن وان تعيب بفعل
المبيع فى نفسه كما اذا فقا عين نفسه فهو
بمنزلة مالو تعيب بافة سماوية فجازان
يبيعه مرابحة من غير بيان انه اشتراه
سليما بكذا من الثمن ثم اصابه العيب عنده
~~لان بيان ما فيه من العيب~~ بعد ذلك واب
بيان نفس العيب فلا بد منه بان يبين العيب
والثمن من غير ان يبين انه اشتراه سليما ثم
حدث به العيب عنده لان بيان ما فيه من
العيب واجب شرعا لقوله عليه الصلاة
والسلام من غشنا فليس منا فلا يجوز اخفاؤه
ثم فى كل موضع ليس له ان يبيعه مرابحة
الا ببيان فلم يبين فللمشترى ان يرده عليه
اذا علم خيانته وعلى هذا لو اشترى ثوبا
فاصابه قرض فار او حرق نار يبيعه مرابحة

قرض

من

وقف لله تعالى

من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه
مرابحة حتى يبين لما بينا من المعنى قال
ولو اشترى بالف نسيئة وباع بربح مائة ولم يبين
خير المشترى لانه يزاد على الثمن لاجل الاجل فكان
له شبها بالمبيع والشبهة فى هذا الباب ملحقة
بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما
مرابحة على ثمنهما فيثبت له الخيار عند علمه لمثل
هذه الخيانة او نقول ان الثمن المؤجل انقص فى
المالية من الحال ولهذا حرم الشرع النسا فى الاموال
الربوية فيكون ما احدث للمشترى ازيد فى الحكم
فيثبت له الخيار عند علمه بذلك وكذا فى التولية
اذا علم ان الثمن كان مؤجلا يثبت له الخيار
لان الخيانة فى التولية مثلها فى المرابحة لانهما
مبنيان على الثمن الاول قال فان اتلف فعلم
لزم بالف ومائة اى ان اتلف المشترى المبيع
فى هذه الصورة ثم علم ان الثمن كان مؤجلا لزمه
بالف ومائة لان الاجل ليس بمال متقوم فلا يقابله
شئ من الثمن وانما فيه شبهة فيزاد الثمن لاجله
فيثبت له الخيار فيما اذا كان المبيع قائما نظرا
لهذا الجانب لان اقدامه على المرابحة يقتضى
السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا هلك او
استهلكه المشترى لم يبق له الخيار نظرا لجانب
عدم المالية فى الاجل حقيقة او نقول تعذر

الرد بالهلاك فيبطل خياره كسائر الخيارات
من خيار الشرط والرؤية قال رحمه الله **وكذا**
التولية اي التولية مثل المرابحة فيما ذكرنا من
الخيار ما دام المبيع قائما وبعد الهلاك او
الاستهلاك لا خيار له بل يلزمه جميع الثمن
لما ذكرنا وعن ابي يوسف انه يرد قيمة الهالك
ويسترد كل الثمن كما قال فيما استوفى عشرة
زيوفا مكان عشرة جياد وعلم بعد الانفاق
يرد مثل الزيوف ويرجع بالجياد وقال
الفقيه ابو جعفر المختار للفتوى ان يقوم
المبيع بثمن حال وبثمن موجل فيرجع عليه بفضل
ما بينهما للتفاوت وهذا اذا كان الاجل مشروطا
في العقد وان لم يكن مشروطا فيه ولكنه معتاد
متعارف بينهم انه يوخذ منه في كل جمعة
قدر معلوم قيل لا بد من بيانه لان المعتاد
كالمشروط والجمهور على انه يبيعه مرابحة
بلا بيان لان الثمن حال وان سامحه البايع
واستوفى منه الثمن منجما وقد قالوا في المغبون
غبنا فاحشا له ان يرد على بايعه بحكم الغبن
وقال ابو علي النسفي فيه روايتان عن اصحابنا
ويفتى برواية الرد رفقا بالناس وكان
صدر الاسلام ابو اليسر يفتي بان البايع ان
قال للمشتري قيمة متاعي كذا وقال متاعي

يساوي كذا فاشترى بنا على ذلك فظهر بخلافه
له الرد بحكم انه غره وان لم يقل ذلك فليس له
الرد وقال بعضهم لا يرد كيف ما كان والصحيح
ان يفتى بالرد ان غره والا فلا قال **ومن**
ولى رجلا شيا بما قام عليه ولم يعلم المشتري
بكم قام عليه فسد البيع لجهالة الثمن فساد في صلب
العقد الا انه في مجلس العقد غير متقرر
لان ساعات المجلس كساعة واحدة دفعا للعسر
وتحقيقا لليسر فصار التاخير الى اخر المجلس
عفوا كتاخير القبول الى اخر المجلس يرتبط بالايجاب
وان تخللت بينهما ساعات فكذا العلم الحاصل
في اخر المجلس كالعلم الحاصل في اوله فيصح على
تقدير الابتدا واما بعد الافتراق فاصلاح
لا ابتدا لتقرر الفساد بالافتراق وهذا فساد
لا يحتمل الاصلاح ونظيره بيع الشي برقمه فان البيع
فيه فاسد فان اعلمه البايع في المجلس صح والا فلا
وانما يخير لخلل في رضاه لان الرضى بالشي لا يتم
قبل العلم به **فصل** قال **صح بيع**
العقار قبل قبضه وهذا عند ابي حنيفة وابي
يوسف وقال محمد رحمه الله لا يجوز لقوله عليه
الصلاة والسلام اذا اشتريت شيا فلا تبعه حتى
تقبضه رواه احمد ولانه لا يقدر على تسليمه
قبل قبضه فلا يجوز بيعه كالمنقول ولهذا لا يجوز

جهالة مفضية الى المنازعة قال
ولو علم في المجلس خير لان جهالة
الثمن صح

اجارته قبل القبض ولما انه لا يتوهم انفساخ
العقد فيه بالهلاك وهو متعذر التسليم
فصار كالمهر وبدل الخلع والعتق وبدل
الصلح عن دم العمد وهذا لان هلاك
العقار نادر ولا يمكن تغييبه ليصير
هالكا حكما حتى لو تُصُوِّر هلاكه قبل القبض
قالوا لا يجوز بيعه وذلك بان كان على شَطِّ
النهر ونحوه ومار واه معلول بغرر انفساخ
العقد بالهلاك قبل القبض وذلك لا يتصور
فيه الا نادرا والنادر لا حكم له فصار
كاحتمال غرر الانفساخ بالاستحقاق بعد
القبض فيه وفي المنقول والدليل على انه
معلول به ان التصرف في الثمن قبل القبض
جايز لانه لا غرر فيه وكذلك التصرف
في المهر ونحوه جايز قبل القبض لما امن منه
والفقه فيه ان المُطْلِقَ للتصرف وهو الملك
قد وجد لكن الاحتراز عن الغرور واجب
ما امكن وذلك فيما يتصور فيه الغرر
والاجارة قبل القبض قيل على هذا الخلاف
قلنا انه يمنع وقيل انه لا يجوز بلا خلاف
وهو الصحيح والفرق لنا ان المعقود عليه
في الاجارة المنافع وهلاكها غير نادر
لانها بمنزلة المنقول قال رحمه الله لا بيع
المنقول

المنقول اي لا يجوز بيع المنقول قبل القبض
لما روينا ولقوله عليه الصلاة والسلام اذا
ابتعت طعاما فلا تبعه حتى تستوفيه رواه
مسلم واحمد ولان فيه غرر انفساخ العقد
على اعتبار الهلاك قبل القبض لانه اذا هلك
المبيع قبل القبض ينفسخ العقد فيتبين انه
باع ما لا يملك والغرر حرام لما روينا وفي
المحيط لو باع غير المنقول قبل القبض ان كان
المشتري الاول نقد الثمن فالبيع الثاني نافذ
لانه قادر على التسليم اذ ليس للبايع منع المبيع
عنه وان لم ينقد الثمن فالبيع الثاني موقوف
وهو الصحيح كبيع المرهون ولو كاتب العبد
المبيع قبل القبض توقفت كتابته وكان للبايع
حبسه بالثمن لان الكتابة محتملة للفسخ فلم
ينفذ في حق البايع نظرا له وان نقد الثمن نفذت
الكتابة لزوال المانع ولو وهب المبيع قبل
القبض او تصدق به او اقرضه او رهنه من غير
البايع يصلح نايبا عن المشتري في القبض فيصير
قبض المامور قبضا له اولا ثم بحكم النيابة ثم يصير
قابضا لنفسه بالتمليك بخلاف البيع لانه يفسد
الملك قبل القبض وتمليك المبيع قبل قبضه فاسد
وما لا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز اجارته لانها
بيع المنفعة فلا يجوز كبيع العين لتمكن غرر الانفساخ

فيها بهلاك العين المستأجرة ولا يجوز بيع الاجرة
العين قبل القبض لانه بمنزلة المبيع الا ترى ان العين
لو ملكته انتقضت الاجارة ويجوز تزويج الامة
المبيعة قبل القبض لان تمكن الغرر فيه لا يمنع جوازه
الا ترى انه لو زوج امته الآبقة جاز وان تمكن
الغرر فيه لانها لا تدرى احية هي ام ميتة
ولو وهب المبيع من البايع قبل قبضه فقبله البايع انتقض
البيع ولو باعه منه لم يصح هذا البيع ولم
ينتقض البيع الاول والفرق ان الهبة مجاز
عن الاقالة يقال هَبْ لي دَيْني واَقِلْني عثرتي
بخلاف البيع قال ولو اشترى مكيلا كيلا حرم
بيعه واكله حتى يكيله ومثله الموزون والمعدود
اى لو اشترى المكيل بشرط الكيل والموزون بشرط الوزن والمعدود بشرط العد
العد لم يجز له ان يتصرف فيه قبل الكيل والوزن
والعد وان كان بعد القبض لقول جابر انه
عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام
حتى يجرى فيه الصاعان صاع البايع وصاع
المشترى رواه ابن ماجه والدارقطني وعن
عثمان انه قال كنت اَبْتَاعُ التمر من بطن من
اليهود يقال لهم بنو قَيْنُقَاع وابيعه بربح
فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال يا عثمان اذا ابْتَعْتَ فاَكْتَلْ واذا بِعْتَ
فَكِلْ رواه احمد ولان الكيل والوزن والعد

اشتريت

اطلب من البايع ان يكيل لك

اكل انت بنفسك

من

من تمام القبض فاَصْلُ القبض شرط لجواز التصرف
فيه على ما بينا لكن التمامه ولانه يحتمل ان يزيد على
المشروط وذلك للبايع في المقدَّرات والتصرف
في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف
ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له واذا وجده
اكثر من كيل البايع بان كان كاله قبل البيع
وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة ولم يسم
لكل ذراع ثمنا لان الزيادة له اذ الذرع وصف
فيه بخلاف ما اذا بين لكل ذراع ثمنا لانه بذلك
التحق بالقدر في حق ازدياد الثمن على ما بينا
فصار المبيع في هذه الحالة هو الثوب المقدَّر وذلك
يظهر بالذَّرْع وهذا لان القَدْرَ معقود عليه
في المقدَّرات حتى يجب عليه ردّ الزيادة فيما لا يضره
التبعيض وتلزمه الزيادة من الثمن فيما يضره
وينتقص من ثمنه عند انتقاصه هذا اذا كان
الموزون غير الدراهم والدنانير واما الدراهم
والدنانير فيجوز التصرف فيهما بعد القبض
قبل الوزن لان الوزن فيهما اَخَذَ معنى تعيين
المستحق بالعقد وفي غيرهما لم ياخذ كذا في
الايضاح وفي المحيط لو كان المكيل والموزون
ثمنا يجوز التصرف فيه قبل الكيل والوزن لان
الكيل والوزن من تمام القبض ويجوز التصرف
في الثمن قبل القبض فلأَنْ يجوز قبل تمامه اولى

فصار كالمهر المكيل والموزون فاذا كان كيل المبيع
شرطا لجواز التصرف لا يعتبر كيل البايع قبل
البيع وان كان بحضرة المشترى لانه ليس بكيل
البايع والمشترى وهو الشرط ولا كيله بعد (او ولا يعتبر كيله)
البيع مع غيبة المشترى لان الكيل من تمام
التسليم لان المبيع به يصير معلوما ولا تسليم
الا بحضرته ولو كاله البايع بحضرة المشترى
بعد البيع قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث
فانه اشترط فيه صاعين والصحيح انه
يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد
وتحقق معنى التسليم والحديث محمول على ما
اذا اجتمع الصفقتان على ما نبينه فى باب
السلم ان شاء الله تعالى وجعل فى المختصر (اى الكنز)
المعدود كالمكيل والموزون وهو مروى
عن ابى حنيفة رحمه الله واختاره الكرخى
وعنه انه كالمذروع وهو قول ابى يوسف
رحمه الله وعنه انه كالمذروع وهو قول
ابى يوسف رحمه الله ومحمد لانه ليس بمقدر
الا ترى انه يجوز بيعه بجنسه متفاضلا
كالمذروع وجه الاول ان المعدود المتقارب
يساوى المكيل والموزون فيما يتعلق به الفساد
وهو جهالة المبيع لاحتمال الزيادة فان من
اشترى جوزا على انه الف فوجده اكثر

برد

يرد الزايد وان وجده انقص يسقط عنه الثمن
بحصته بخلاف الربا لانه مبنى على المماثلة
بدليل يوجبها وهذا اظهر ولو اشترى
المكيل او الموزون شراء فاسدا فقبضه ثم
باعه بغير كيل او وزن فالبيع الثانى جايز
لان الملك فى البيع الفاسد يثبت بالقبض فصار
نظير من استقرض طعاما بكيل ثم باعه مكايلة
لا يحتاج الى اعادة الكيل كذا فى الايضاح وهذا
الاستشهاد يستقيم على قول من شرط الكيل
مرتين فى المبيع قال **لا المذروع** اى لا يحرم
التصرف فى المبيع المذروع بعد القبض قبل
الذرع وان اشتراه بشرط الذرع لان الذرع
وصف له وليس بقدر فيكون كله للمشترى
بلا زيادة ثمن ولا نقصان ان وجده زايدا
او ناقصا هذا اذا لم يسم لكل ذراع ثمنا وان
سمى فلا يحل له التصرف فيه حتى يذرع وقد
بيناه من قبل قال **وصح التصرف فى الثمن
قبل قبضه** لان المطلق للتصرف الملك وقد
ثبت له فيه الملك والنهى ورد فى المبيع لاحتمال
غرر الانفساخ ولا يتصور ذلك فى الثمن لانه
فى الذمة ولا يتعين بالتعيين ولان الثمن
ما وجب فى الذمة والقبض لا يرد عليه حقيقة
وانما يقبض غيره مثله فيما يكون مضمونا

عليه فيلتقيان قصاصا وهذا التصرف فيه ولا
يتصور خلاف ذلك ولا فرق في ذلك بين ان
يكون المقبوض من جنسه او من خلاف جنسه
اذ الكل معاوضة وقد روى عن ابن عمر انه قال
كنا نبيع الابل بالبقيع فناخذ مكان الدراهم
الدنانير ومكان الدنانير الدراهم فكان
يجوزه رسول الله صلى الله عليه وسلم بخلاف
السلم حيث لا يجوز ان ياخذ خلاف جنسه
لانه وان كان دينا جعله الشرع كالمبيع المعين
في حق التصرف وكذا بدل الصرف لما عرف في
موضعه والمراد بالتصرف في الثمن تمليكه
ممن عليه الدين بعوض او بغير عوض حتى
لا يجوز ان يملكه من غير من عليه الدين قال
والزيادة فيه والحط منه والزيادة في المبيع
ويتعلق الاستحقاق بكله اى يجوز للمشترى
ان يزيد في الثمن ويجوز للبايع ان يحط من
الثمن وان يزيد في المبيع ويلحق باصل
العقد ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك
حتى لا يكون للمشترى ان يطالب بالمبيع
حتى يدفع الزيادة وللبايع ان يحبسه حتى
يستوفى الزيادة ويملك المشترى المطالبة
بتسليم المبيع كله بتسليم ما بقى من الحط وقال
زفر والشافعى رحمه الله لا يصحان على اعتبار

الالتحاق

الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لانه لا يمكن
تصحيح الزيادة ثمنا اذ به يصير ملكه عوض
ملكه لانه ملك المبيع وكذا الحط لان جميع
الثمن صار مقابلا بجميع المبيع فلا يمكن
اخراجه فصار برا مبتدأ الا ترى ان الزيادة
في المهر لا تلتحق باصل العقد حتى لا تنتصف
بالطلاق قبل الدخول ولهذا حط الكل لا يلتحق
باصل العقد بل هو بر مبتدأ فكذا البعض
اعتبارا للجزء بالكل ولنا انهما بالحط والزيادة
يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف
مشروع وهو كونه خاسرا او رابحا او عدلا
ولهما ولاية ذلك الا ترى ان لهما ان يجعلاه
لازما باسقاط الخيار او غير لازم باشتراطه
بعد العقد ان وقع العقد على خلافه وهذا
لان لهما ولاية الرفع بالكلية بالاقالة فاولى
ان يكون لهما ولاية التغيير لانه دونه
لكونه وصفا له فاذا صح التحق باصل
العقد ولزم كلزومه لان وصف الشيء يقوم
به لا بنفسه دل عليه قوله تعالى ولا جناح
عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة
اى في فريضة بعد الفريضة وهذا نص على
ان حكم الزيادة المفروضة بعد العقد كحكم
المفروض في العقد الا ما قام الدليل عليه وقد

قام الدليل على انه لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول
الا ما كان سمى عند العقد ولهذا لو لم يسم
في العقد شيا ثم اتفقا على تسمية لا يتنصف
به وان كان واجبا وعلى اعتبار الالتحاق
لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ولا المحطوط
مثنا غير خارج عن العقد بخلاف حط الكل
لانه تبديل لاصله لانه ينقلب هبة
او بيعا بلا ثمن فيفسد وقد كان من قصدهما
التجارة بعقد مشروع من كل وجه فالالتحاق
فيه يودي الى تبديله فلا يلتحق به ثم فايدة
الالتحاق تظهر في التولية والمرابحة حتى يجوز
على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط
وتظهر في الشفعة ايضا حتى ياخذ بما بقي بعد
الحط وانما لا يلزمه الزيادة لان فيه ابطال
حقه الثابت بالبيع الاول وبما لا يملكه الا
ترى انه ينقض جميع تصرفات المشتري
حتى الفسخ وتظهر ايضا في حق الفساد في الصرف
حتى لو باع الدراهم بالدراهم متساوية ثم
زاد احدهما او حط ورد المحطوط وقبل الاخر
وقبض المزيد في الزيادة او المردود في الحط
فسد العقد كانما عقداه كذلك من الابتداء
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
رحمه الله لا تجوز الزيادة ولا تصير هبة مبتداة

فيما اذا الحق بالبيع [illegible] زيادة [illegible]

وكذلك

وكذلك الحط لا يصح ولا يصير هبة مبتداة حتى
يجب عليه ان يرد المحطوط وقال محمد رحمه
الله في الزيادة مثل قول ابي يوسف رحمه الله
وفي الحط تكون هبة مبتداة وتظهر ايضا فيما
اذا زاد على المبيع حتى يصير له حصة من
الثمن لما قال حتى لو هلكت الزيادة قبل القبض
يسقط حصتها من الثمن بخلاف الزيادة المتولدة لزة
من المبيع حيث لا يسقط شي من الثمن بهلاكها
قبل القبض والفرق ان الزيادة المشروطة
صارت تبعا للاصل في حق الثبوت ضرورة
الصحة فاذا صحت زالت الضرورة فزالت
التبعية وبقيت الاصالة في حق الالتحاق
باصل العقد كانها كانت موجودة تحت العقد
فامكن تقدير ورود العقد عليها فصار كان
العقد ورد على الاصل وعلى الزيادة جميعا واما
الزيادة المتولدة فمعدومة وقت العقد فلا يمكن
تقدير ورود العقد عليها فلا يمكن الحاقها باصل
العقد فصارت مملوكة بملك الاصل لا بالعقد
فاذا اتلفها صارت اصلا بالقبض لان للقبض
شبها بالعقد فيصير لها حصة من الثمن
حتى لو وجد باحدهما عيبا رده بحصته من
الثمن يقسم الثمن على قيمة الاصل يوم العقد
وعلى قيمة الزيادة يوم القبض وتظهر ايضا

فيما اذا زوج امته ثم اعتقها ثم زاد الزوج
على مهرها بعد العتق تكون الزيادة للمولى
ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على
ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حال يصح
الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف
الحط لانه اسقاط محض فلا يشترط لصحته
قيام العقد قال في المحيط في رواية النوادر
تجوز الزيادة بعد الهلاك بمنزلة الحط لان
الزيادة حال ثبوتها لم يقابلها عوض وانما
يقابلها بعد التحاقها باصل العقد فيعتبر
قيام المبيع حالة الالتحاق لا حالة الثبوت
وذكر محمد في المنتقى لو اشترى جارية
وقبضها فماتت فزاده البايع جارية اخرى
جاز لان هذه الزيادة تثبت في جانبه
مقابلة بالثمن والثمن قايم ولو زاد المشتري
في الثمن لم يجز لان الزيادة في جانبه تثبت
مقابلة بالمبيع والمبيع هالك وهلاك المبيع
يمنع الزيادة في الثمن والهلاك الحكمي ملحق
بالهلاك الحقيقي وذلك بان باع المبيع ثم
اشتراه ثم زاد في الثمن لا يجوز لانه تبدل سبب
الملك ارتفع العقد الاول وصار المعقود عليه
هالكا حكما ولو اعتق المبيع ثم اشتراه ثم زاد في
الثمن او كاتبه او دبره او استولد الامة او

ثمن

ثمن العصير او اخرجه عن ملكه ثم زاد عليه جاز
عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وعلى هذا
الخلاف في الزيادة على مهر المراة بعد موتها
وانما يلحق الحط باصل العقد اذا لم يكن المحطوط
تبعا ووصفا اما اذا كان تبعا فلا يلحق باصل
العقد حتى لو اشترى دارا بالف جياد فنقد
زيوفا او نبهرجة ورضي البايع بذلك فان الشفيع
لا ياخذها الا بالجياد وكذا اذا اشترى دارا بعبد
فاعور ورضي به البايع فان الشفيع ياخذ الدار
بقيمة العبد صحيحا ولا تجوز الزيادة في المسلم
فيه لانه معدوم حقيقة وانما جعل موجودا
في الذمة لحاجة المسلم اليه والزيادة في المسلم
فيه لا تندفع حاجته بل تزيد في حاجته فلا يجوز
وكذا لا تجوز الزيادة في المنكوحة لان الشرع ما ورد
بتمليك الزيادة المتولدة من المملوكة بالنكاح
تبعا للمنكوحة قال **وتاجيل كل دين غير
القرض** اي يجوز تاجيل كل دين غير دين القرض
لان المطالبة حقه فله ان يؤخره الا ترى انه
يملك اسقاطها بالابراء فلان يملك اسقاطها
موقتا بالتاجيل ولو اجله الى اجل مجهول ينظر
فان كانت الجهالة فاحشة كهبوب الريح لا يصح
وان كانت يسيرة كالتاجيل الى الحصاد وجاز
كما في الكفالة وقد ذكرناه من قبل وفي دين القرض

لا يجوز التاجيل خلافا لمالك هو يقول انه
حقه فيجوز تاخير المطالبة كما في سائر الديون
ولنا ان القراض اعارة وصلة ابتدا ولهذا
يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من لا يملك
التبرع كالصبي والولي والمكاتب والعبد
الماذون له في التجارة ومعاوضة انتهاء
حتى يلزمه رد مثله فعلى اعتبار الابتداء
لا يلزم التاجيل فيه لان الجنس بانفراده
يُحَرِّمُ النسا لا سيما اذا اكملت العلة وحرم
التفاضل بها ولان الاجل لو لزم فيه
لصار التبرع مُلْزِما على المتبرع وهو لا يجوز
لقوله تعالى ما على المحسنين من سبيل
بخلاف ما اذا اوصى ان يُقْرَضَ فلان من ماله
الف درهم الى سنة حيث يجوز من الثلث
ويلزم ولا يطالب حتى تمضي المدة لانه وصية
بالتبرع والوصية يتسامح فيها ما لا يتسامح
في غيرها نظرا للموصي الا ترى انها تجوز بالخدمة
والسكنى وتلزم والله اعلم بالصواب وحسبنا
الله ونعم الوكيل وصلى الله على سيدنا محمد
واله وصحبه وسلم

باب الربا

قال رحمه الله هو فضل مال بلا عوض في معاوضة
مال بمال هذا في الشرع وفي اللغة هو مطلق
الزيادة قال الله تعالى وما آتيتم من ربا

الى

٩٩

ان يربو قوله تعالى فلا يربو

الى قوله فلا يربو عند الله وسمي المكان المرتفع
رُبْوة لزيادته على سائر الاماكن ارتفاعا
والربا محرم بالكتاب والسنة واجماع الامة
اما الكتاب فقوله تعالى واحل الله البيع
وحرم الربا واما السنة فما روي عن ابن
مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه
وسلم لعن اكل الربا وموكله وشاهديه
وكاتبه رواه ابو داود واحمد والترمذي
وصححه وقال عليه الصلاة والسلام الذهب
بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير
بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل
يدا بيد فمن زاد واستزاد فقد اربى الآخذ
والمعطي فيه سواء رواه البخاري واحمد وعن
عبد الله بن حنظلة غسيل الملائكة انه قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم درهم
ربا ياكله الرجل وهو يعلم اشد من ستة وثلاثين
زنية رواه احمد واجمعت الامة على تحريمه
حتى يكفر جاحده قال وعلته القدر والجنس
يعني بالقدر الكيل في المكيل والوزن في الموزون
وعند الشافعي رحمه الله العلة الطعم بانفراده
في المطعومات والثمنية بانفرادها في الاثمان
والجنس شرط عنده لحديث مَعْمَرِ بن عبد الله
قال كنت اسمع النبي صلى الله عليه وسلم

فلا اعتبار لقول ابن عباس في الربا النسيئة واما ربا الفضل فلا يجوز عنده وروي عنه رجوعه لما بلغه الحديث فثبت الاجماع على تحريم مطلق الربا في الاعلى

يتناول الطعام بالطعام مثلا بمثل وكان طعامنا
يومئذ الشعير رواه مسلم واحمد ووجه
الاستدلال به ان الطعام مشتق من الطعم
فذكره يدل على انه علة اذ ترتب الحكم على
الاسم المشتق دليل على ان ماخذ الاشتقاق
علة له كما في قوله تعالى السارق والسارقة
فاقطعوا ايديهما وكما في قوله تعالى الزانية
والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة
فعلة القطع والجلد السرقة والزنا ولان
قوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه البخاري
ومسلم لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا
بمثل الحديث يدل على تضييق تحصيله لان
الابتدا بالنهي مشعر بان حرمة البيع
اصل فيه والجواز بعارض وهو التقابض
والمساواة مع العلم اذ لو اقتصر على قوله لا تبيعوا
لما جاز بيعه وتعليق جوازه بشرطين يدل على
عزته وخطره كملك البضع ضيق تحصيله
باشتراط الشهود والمهر لعزته وخطره فيعلل
بعلة تناسب العزة وهي الطعم في المطعومات
لبقاء الانفس به والثمنية في الاثمان لبقاء الاموال
التي هي مناط مصالحهما بها ولا اثر للجنسية والقدر
في زيادة العزة والخطر لوجودهما في خطير
وحقير لكن الحكم لا يثبت الا عند اتحاد الجنس

فجعلناه

فجعلناه شرطا والحكم يدور مع الشرط كالرجم
مع الاحصان والفرق بين الشرط والعلة
ان العلة مؤثرة في الحكم دون الشرط فانه
يضاف وجوده الى العلة عند وجود الشرط
لا الى الشرط وقال مالك العلة الاقتيات
والادخار لانه عليه الصلاة والسلام خص
بالذكر فيما روينا كل مقتات ومدخر ولان
العزة والخطر به اكمل فكان انسب واولى
بالاعتبار ولنا ما روي عن عبادة وانس
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ما وزن
مثل بمثل اذا كان نوعا واحدا وما كيل فمثل
ذلك فاذا اختلف النوعان فلا باس به
رواه الدارقطني ووجه التمسك به انه
عليه الصلاة والسلام رتب الحكم على الجنس
والقدر وهذا نص على انهما علة الحكم
كما عرف ان ترتيب الحكم على الاسم المشتق
ينبئ عن علية ماخذ الاشتقاق لذلك الحكم
فيكون تقديره المكيل والموزون مثل بمثل
بسبب الكيل او الوزن مع الجنس والذي
يدل عليه حديث ابي سعيد وابي هريرة
فيما رواه البخاري ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم استعمل رجلا على خيبر فجاءهم
بتمر جنيب فقال اكل تمر خيبر هكذا قال

ان ناخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين
بالثلاثة فقال لا تفعل بع الجمع بالدراهم ثم ابتع
(وهو تمر الدقل وهو اردى التمر)
بالدراهم جنيبا وقال في الميزان مثل ذلك اى
في الموزون اذ نفس الميزان ليس من اموال
الربا وهو انوى حجة في علية القدر وهو بعمومه
يتناول الموزون كله الثمن والمطعوم وغيرهما
فيكون حجة عليهما في منعهما ذلك وكذا حديث
ابن عمر رضي الله عنهما انه عليه الصلاة
والسلام قال لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين
ولا الصاع بالصاعين المراد به ما يكيل الصاع
اذ لا يجرى الربا في نفس الصاع وهو عام فيما
يحله فيتناول المطعوم وغيره فيكون حجة
عليهما ولا يقال انه مجاز فلا عموم له لكونه
ضروريا لانا نقول له عموم كالحقيقة وهذا لان
الحقيقة انما تعم لامر زايد عليها لا لكونها
حقيقة والمجاز يشاركها في هذا المعنى فيعم ولان
المقصود التماثل اذ البيع ينبي عن التقابل
وذلك بالتماثل واعتبره الشارع فاوجبه
صيانة لاموالهم عن التوى والتلف وتتميما
للفايدة بالتسليم من الجانبين فيكون الزايد
عليه فدرا تاويا على صاحبه بلا عوض وكذا
الكال خير من الموجل فيفوت به التسوية
وفايدة المبايعة لفوات القدرة على التصرف

في الموجل

في الموجل وهو المراد بقوله عليه الصلاة
والسلام مثلا بمثل نقدا فواته تلزم الحرمة
وهو المراد بقوله عليه الصلاة والسلام
والفضل ربا فيعلل بعلة توثر في ايجاب التماثل
فتعين القدر والجنس لذلك لانهما يوجبانه
اذ التماثل بين شيئين يكون باعتبار الصورة
والمعنى لان كل محدث موجود باعتبارهما
فالمعيار يسوى الذات والجنسية تسوى
المعنى لاستوايهما في المقصد الا ترى ان كيلا
من بر يساوى كيلا من ارز او شعير في الصورة
ولا معتبر به لعدم ما قلنا ولا معتبر
بالتفاوت في الوصف لانه لا يعد تفاوتا
في العادة ولانه قل ما يوجد فيه غير متفاوت
فاشتراط التساوى فيه يودى الى سد
باب البياعات وهو مفتوح والطعم والاقتيات
والثمنية والادخار من اعظم وجوه المنافع
والحاجة للناس اشد الحاجات واتهامنته (اى عادة)
الله تعالى في مثله التوسعة والاطلاق دون
التضييق الا ترى ان الميتة اباحها عند
المخمصة للحاجة وكذا اجاز الانتفاع بالغنيمة
قبل القسمة في دار الحرب لمظنة الحاجة عادة
بخلاف ساير الاموال المشتركة ولما كانت
حاجة الحيوان الى الهوا والما والتراب والنقس

اشد جعله الله اوسع من غيرها وكلما اشتدت
الحاجة اليه كانت التوسعة فيه اكثر وتعليله
بما يوجب التوسعة على التضييق من فساد الوضع اى استدلاله
لان معنى فساد الوضع ان يفسد وضع ذلك
الحكم على ذلك الدليل لكونه يقتضي خلاف ذلك
الحكم فيضاده ولا نسلم ان حرمة البيع اصل
بل الاصل فيه الحل والحرمة اذا ثبتت انما ثبتت
بالدليل الموجب لها وهذا لان الاموال
خلقت للابتذال فيكون باب تحصيلها مفتوحا
فيجوز ما لم يقم الدليل على منعه بخلاف
النكاح لان الملك فيه يرد على البضع وهو
محترم فيناسب التضييق اعزازا لاشرف
الادمي نعلم بذلك ان قوله المساواة مخلص باطل
ولئن كان مخلصا فهو مخلص في حالة التساوي وعلة
الحرمة في حالة التفاضل والشيء الواحد يقتضي حكمين
متضادين في محلين مختلفين كالنكاح يثبت
الحل في المنكوحة والحرمة في امها فكذا القدر
والجنس يوجبان الحرمة عند التفاضل
والحل عند التساوي وهو المراد بقولنا انهما علة
الربا والقاطع للشغب انه عليه الصلاة والسلام
شرط التماثل بقوله مثلا بمثل والتماثل يكون
بالوزن او الكيل لا غير فعلم بذلك انها لا يكال ولا
يوزن لا يكون من الاموال الربوية وان الاموال

الربوية

١٠٢

ومالا يكون من ذوات الامثال ح

الربوية هي التي تكون من ذوات الامثال
ليست من الاموال الربوية اذ الحكم لا يثبت
بدون محله ولهذا قالوا لا يجري الربا فيما
لا يدخل تحت المعيار كالحفنة من الحنطة
والشعير والذرة من الذهب والفضة لعدم
ما قلنا قال فحرم الفضل والنساء بهما اى
بالجنس والقدر لما بينا انهما علة الربا قال
والنساء فقط باحدهما اى حرم النساء وحل
التفاضل بوجود احدهما اما القدر دون
الجنس كالحنطة بالشعير او الجنس دون القدر
كالهروي بالهروي لقوله عليه الصلاة والسلام
الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر
والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح
سواء بسواء مثلا بمثل فاذا اختلفت هذه
الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا
بيد رواه مسلم واحمد وغيرهما من ائمة
الحديث ولان اجتماعهما حقيقة العلة فيكون
لاحدهما شبهة العلة فيحرم بحقيقة العلة
حقيقة الفضل وهو العقد ولانه تفاضل حقيقة
ويحرم بشبهة العلة شبهة الفضل وهو النساء لانه
يشبه الفضل وليس بتفاضل حقيقة انما الاول للدليل
بقدره ولا يقال احدهما جزء العلة وبه لا يثبت الحكم
ولا شيء منه فكيف يثبت باحدهما حرمة النساء

لان نقول احدهما علة تامة لهذا الحكم وهو حرمة
النسا وان كان بعض العلة في حق ربا الفضل حقيقة
فلا يلزم المحظور ويشترط ان يجمعهما الوزن من
كل وجه وان لم يجمعهما جاز النسا ايضا كالنقدين
مع القطن ونحوه لان صفة وزنهما مختلف اذ
النقدان يوزنان بالصنجات ولا يتعينان
بالتعيين ويجوز التصرف فيهما قبل القبض
وبعده قبل الوزن بخلاف غيرهما من الموزونات
فكانا مختلفين صورة ومعنى وحكما فلا يحرم
النسا والذي يدلك عليه انه عليه الصلاة
والسلام قال من اسلم فليسلم في كيل معلوم
ووزن معلوم الحديث اجاز السلم بالوزن
مطلقا مع ان الدراهم هو الغالب في راس المال
ولو لم يجز لكان رداً له بالرأي وهو لا يجوز
قال وحل لا عدمهما اي التفاضل والنساء
بعدم الجنس والقدر لعدم العلة الموجبة
للحرمة اذ الاصل الجواز على ما بينا والحرمة
بعارض فيجوز ما لم يثبت فيه دليل الحرمة
الا ترى ان الله تعالى اباح البيع بقوله واحل الله
البيع فيجري على اطلاقه فيما لم يوجد فيه
دليل الحرمة على ما بينا من قبل قال وصح بيع
المكيل كالبر والشعير والتمر والملح والموزون
كالنقدين وما ينسب الى الرطل بجنسه متساويا

الصنجات بفتحات
جمع صنجة كركعة وركعات
وسجدة وسجدات

قوله بجنسه ويالا متفاضلا
تكرار نقول لحرم الفضل والنسا

٢

لا متفاضلا اما بيع المكيل والموزون غير
المنسوب الى الرطل فقد ذكرنا وبينا احكامه
واما ما ينسب الى الرطل منه فالمراد به كل شيء
وقع عليه كيل الرطل فانه يعتبر موزونا
لانه مقدر بطريق الوزن وذلك مثل الادهان
فانه موزون غير انه لما لم يستمسك الا
في وعاء يشق عليهم وزنه بالامنا والصنجات
في كل وقت بالوعاء فقدر الوعاء بالارطال والامنا
فاكتفي به دفعا للحرج فبقي موزونا على حاله
ثم قال في الهداية واذا كان موزونا فلو
بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم
الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة معناه اذا بيع ما
يباع بالاواقي بكيل غير اواقي سواء تساويا لم يجز لانه
باع الموزون بجنسه بكيل لم يقدر باواقي فيكون
مجازفة فيبطل بجواز التفاضل بالوزن وهذا
مشكل لان الشيئين اذا استويا في كيل وجب ان
يستويا في كيل اخر ايضا ولا تاثير لكون الكيل معلوما
او مجهولا في ذلك اذ لا يختلف ثقلهما وفي النهاية
قال الاسبيجابي فائدة هذا انه لو باع ما ينسب الى
الرطل بجنسه متفاضلا في الكيل متساويا في الوزن
يجوز وهذا حسن وهو قياس الموزونات فانه لا يعتبر
فيه الا الوزن غير انه يؤدي الى انه لا يجوز بالاواقي
ايضا اذ لا فرق بين كيل وكيل على ما بينا ولا يندفع هذا

الاشكال الا اذا منع الجواز في الكل قال رحمه الله وجيده
كرديه يعني جيد مال الربا ورديه سواء حتى
لا يجوز بيع احدهما بالاخر متفاضلا لنهيه عليه
الصلاة والسلام عن ذلك فيما روينا عن ابي سعيد
وابي هريرة رضي الله عنهما حين قال له الرجل
انا ناخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين
بالثلاثة بقوله لا تفعل بع الجمع بالدراهم
الحديث ولان تفاوت الوصف لا يعد تفاوتا
عادة ولو اعتبر لانسد باب البياعات قال
ويعتبر التعيين دون التقابض في غير الصرف
وقال الشافعي رحمه الله يعتبر التقابض قبل
الافتراق في بيع الطعام بالطعام كالنقد
بالنقد لما روينا من حديث عبادة بن الصامت
فانه شرط فيه ان يكون يدا بيد ولحديث عمر
ابن الخطاب رضي الله عنه قال عليه الصلاة والسلام
الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا بالذهب ربا الا هاء وهاء والورق صح
الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء
والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء رواه البخاري ومسلم
واحمد ومعناه ان هذه البياعات لا تجوز الا اذا
قال كل واحد منهما لصاحبه هاء اي خذ والمراد به
وبقوله يدا بيد في الحديث الاول التقابض ولهذا يشترط
القبض في الذهب والفضة بالاجماع وان كانت
مما يتعين بالاشارة كالمصوغ منهما ولان قوله عليه

الصلاة

الصلاة والسلام يدا بيد لفظ واحد لا يجوز ان يراد
به القبض في حق النقدين والتعيين في حق غيرهما
لانه اما حقيقة فيهما او حقيقة في احدهما ومجاز في
الاخر واياما كان فلا يجوز الجمع بينهما لما عرف
ان المشترك لا عموم له وان الجمع بين الحقيقة
والمجاز لا يجوز ولانه يؤدي الى تعاقب القبض بان
يقبض احدهما دون الاخر فاشبه النسيئة
وهذا لان للمقبوض مزية على غيره فيفوت
به التساوي وهو الشرط ولنا انه مبيع معين
فلا يشترط فيه القبض كالثوب ونحوه اذا بيع
بجنسه او بخلاف جنسه لحصول مقصوده وهو
التمكن من التصرف بخلاف الصرف لانه لا يتعين
الا بالقبض فيشترط فيه ليتعين وتعاقب القبض
لا يعد تفاوتا في المتعين بخلاف الحال والمؤجل
والمراد بما روي التعيين غير ان ما يتعين به
مختلف فالنقد ان يتعينان بالقبض وغيرهما
بالتعيين فلا يلزم الجمع بين معنى المشترك ولا بين
الحقيقة والمجاز وانما شرط القبض في المصوغ من
الذهب والفضة باعتبار اصل خلقته وهو الثمنية
لان الثمن لا يتعين بالتعيين فيشترط قبضه ولا
يسقط اشتراط القبض بالصنعة لبقاء شبهة
عدم التعيين باعتبار الاصل اذ الشبهة في الربا
ملحقة بالحقيقة قال ويجوز بيع الفلس بالفلسين

والتفاحة بالتفاحتين والبيضة بالبيضتين
والجوزة بالجوزتين والتمرة بالتمرتين لان هذه
الاشيا ليست بمكيل ولا موزون فلم تدخل
تحت المعيار فانعدمت العلة بانعدام احد
شطريها وهو القدر ولهذا تضمن بالقيمة عند
الاتلاف عندنا وما دون نصف صاع بمنزلة
الحفنة لانه لا تقدير فيه في الشرع بما دونه
فلم يكن من ذوات الامثال هذا اذا باع ما دون
نصف صاع بما دون نصف الصاع وان باع
ما دون نصف صاع بنصف صاع او اكثر لم يجز
الا مثلا بمثل لوجود المعيار من احد الجانبين
فتحققت الشبهة وعلى هذا الوباع ما لا يدخل
تحت الوزن كالذرة من ذهب او فضة بما
لا يدخل تحته جاز لعدم التقدير شرعا اذ لا
يدخل تحت الوزن وعند الشافعي رحمه الله
لا يجوز جميع ذلك لان العلة عنده الطعم
او الثمنية وقد وجدت قال والفلس بالفلسين
باعيانهما اي البدلان باعيانهما بان كان الفلس
معينا والفلسان معينين وهذا عندهما
وقال محمد رحمه الله لا يجوز لان الفلوس الرائجة
اثمان والثمن لا يتعين بالتعيين ولهذا اذا
قابل الفلوس بخلاف جنسها لا يتعين
كالدراهم والدنانير حتى كان له ان يعطي

غيرها

غيرها ولا يفسد البيع بهلاكها وهذا لان
ثمنيتها تثبت باصطلاح الكل فلا يبطل باصطلا
كالدراهم والدنانير فاذا لم يتعين يودي جها
الى الربا او يحتمله بان ياخذ بايع الفلس الفلسين
اولا فيرد احدهما قضا بدينه وياخذ
الاخر بغير عوض او ياخذ بايع الفلسين
الفلس اولا ثم يضم اليه فلسا اخر بغير عوض
يقابله وهو ربا فصار كما لو كانا بغير اعيانهما
او احدهما بعينه والاخر بغير عينه ولهما
ان الفلوس ليست باثمان خلقة وانما
كانت ثمنا بالاصطلاح وقد اصطلحا
با بطال الثمنية فتبطل وان كانت ثمنا
عند غيرهما من الناس لبقا اصطلاحهم
على ثمنيتها وهذا لانه لا ولاية للغير عليهما
فلا يلزمهما اصطلاحهم بخلاف الدراهم
والدنانير لان ثمنيتهما باصل الخلقة فلا
تبطل بالاصطلاح فاذا بطلت الثمنية تتعين
بالتعيين فلا يودي الى الربا بخلاف ما اذا
كانا بغير اعيانهما او واحد منهما بغير عينه
لانه يودي الى الربا على ما بينا فان قيل
اذا بطلت الثمنية وجب ان لا يجوز بيع
بعضها ببعض متفاضلا لان النحاس موزون
وانما صار معدودا بالاصطلاح على الثمنية

فاذا بطلت الثمنية عاد الى اصله موزونا
فلا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا قلنا لا يعود
موزونا لان اصطلاحهما على العد باق ولا
يجوز من بطلان الثمنية بطلان العد وكم
من شيء يعد ولا يكون ثمنا الا ترى ان
الاواني من النحاس او نحوه غير الذهب
والفضة يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا
اذا كانت في اصطلاحهم معدودة وهذا
لما عرف ان المعتبر في كونه موزونا او مكيلا
في غير المنصوص عليه العرف بخلاف المنصوص
عليه كالاشياء الستة لان العلة المستنبطة
لا تعتبر في محل النص كالبر والشعير كما مر الحديث كلا استغنا عنها بالنص
ولهذا اذا كانت العلة المستنبطة قاصرة
لا تعتبر اصلا بخلاف المنصوص عليها فاذا
لم يبطل اصطلاحهما على العد لم يعد وزنيا
فلا يجوز بيعه متفاضلا ولا يقال اذا
كسدت الفلوس باتفاق الكل لا يكون ثمنا
باصطلاح المتعاقدين حتى لا يجري فيها
احكام الاثمان في حقهما فكذا لا يكون عروضا
ايضا باصطلاحهما لانا نقول الاصل فيها
ان يكون عروضا لانه موافق للاصل فيصح
وان كان فيه خلاف راي الكل قال **والحم**
بالحيوان وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف

فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد خلاف الكل من رأى الجامع فلا يعتبر فاما اصطلاحهما على جعلها عروضا صح

رحمها

رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز بيعه
بالحيوان من جنسه الا اذا كان اللحم
المفرز اكثر مما في الحيوان ليكون قدره متقابلا
باللحم والزائد بالسقط لنهيه عليه الصلاة
والسلام عن بيع اللحم بالحيوان وهو ما ليس بلحم كالكرش والترب رواه في الموطا
ولانهما جنس واحد ولهذا لا يجوز بيع احدهما
بالاخر نسيئة فكذا متفاضلا كالزيت والزيتون
ولهما انه بيع المعدود بالموزون فيجوز
متفاضلا لاختلافهما جنسا وهذا لان الحيوان
ليست فيه مالية اللحم اذ هي معلقة بفعل
شرعي وهو الذكاة الا ترى انه لا ينتفع به
انتفاع اللحم فصار جنسا اخر غير اللحم ولهذا
قال الله تعالى فكسونا العظام لحما ثم انشاناه
خلقا اخر اي بنفخ الروح فاذا كان جنسا اخر
جاز بيع احدهما بالاخر نسيئة لان المتاخر
منهما لا يمكن ضبطه على ما عرف في باب السلم
لا لانهما جنس واحد الا ترى انه لا يجوز ذلك
اذا بيع بغيره من خلاف الجنس ايضا ولو كان
المذبوح غير مسلوخ وجب ان يجوز عنده
ايضا على وجه الاعتبار بان يجعل لحم كل واحد
منهما بجلد الاخر كما قال في شاتين مذبوحتين
غير مسلوختين بيعت احداهما بالاخرى
قال وا لا باس بالعطن وكذا بالغزل كيف ما كان

متفاضلا بخلاف الزيت مع الزيتون
لانهما جنس واحد اذ الزيت موجود
فيه بالقوة وانما هو مستتر فانما لا يجوز
بيع احدهما بالاخر صح صح

لاختلافهما جنسا لان الثوب لاينقض فيعود غزلا
او قطنا وكذا القطن والغزل موزونان
والثوب ليس بموزون ولو باع القطن
بغزله قال محمد رحمه الله جاز كيفما كان
لاختلاف الجنس بينهما لان الغزل لاينقض
فيعود قطنا وقال ابو يوسف رحمه الله
لايجوز الا متساويا لان غزل القطن قطن
لان القطن غزله دقاق وقول محمد اظهر
ولو باع المحلوج بحب القطن فلابد ان يكون
الحب الخالص اكثر من الحب الذي في القطن
حتى يكون قدره مقابلا به والزايد
بالقطن وكذا لو باع شاة على ظهرها
صوف او في ضرعها لبن بصوف او بلبن
يشترط ان يكون الصوف او اللبن اكثر مما
على الشاة لما ذكرنا من المعنى وهو نظير
بيع الزيت بالزيتون على ما يجي قال
والرطب بالرطب او بالتمر متماثلا والعنب
بالزبيب يعني متماثلا ايضا اما الرطب
بالتمر فالمذكور هنا قول ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لايجوز لقوله عليه الصلاة والسلام
حين سئل عنه اينقص اذا جف فقيل نعم فقال
عليه الصلاة والسلام لا اذا فافسد البيع
واشار الى العلة وهي النقصان وفيه اشارة

المحلوج بغير المحلوج جاز اذا علم ان الخالص
اكثر مما في الاخرى وان كان لايدري
لايجوز ولو باع القطن غير صح

الى

الى انه يشترط لجواز العقد المماثلة في اعدل
الاحوال وهو ما بعد الجفاف لان في الحال صار
نظير بيع الدقيق بالحنطة فانه لايجوز للتفاوت
بعد الطحن وله قوله عليه الصلاة والسلام
في الحديث المشهور التمر بالتمر مثلا بمثل والرطب
تمر فيجوز بيعه بالتمر متماثلا والدليل على انه تمر
انه صح
ما روي انه عليه السلام حين اهدي اليه
رطب فقال اوكل تمر خيبر هكذا وروي انه
عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع التمر حتى
يزهى قيل وما يزهى قال يحمر وهو اسم له من
اول ما ينعقد الى ان يدرك وان كان غير تمر
فباخره وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف
النوعان فبيعوا كيف شئتم ولانهما مستويان
في الحال وانما يتفاوتان في المآل لذهاب جزء
منه وهو الرطوبة بخلاف بيع الحنطة بالدقيق
لانهما متفاوتان في الحال ويظهر ذلك بالطحن
اذ الطحن لايزيد فيه شيا وما روياه لم
يصح لان مداره على زيد بن عياش وهو ضعيف
عند النقلة ولئن صح فهو محمول على ان السايل
كان وصيا في مال يتيم او وليا لصغير فنهى
عليه الصلاة والسلام بهذا التصرف نظرا
له اذ هو مقيد بالنظر الا ترى انه منع من
بيع الجيد بالردي من مال الربا لما ذكرنا وبيع

ولانه ان كان تمرا جاز بيعه باول الحديث صح

العنب بالزبيب على هذا الخلاف والوجه
ما بيناه من الجانبين وقيل لا يجوز بالاتفاق
كالحنطة المقلية بغير المقلية والفرق لابي
حنيفة رحمه الله بينه وبين الرطب بالتمر
في هذه الرواية ان النص الوارد بلفظ التمر
ثم يتناول الرطب على ما بينا ولم يوجد
مثله هنا فبقي محرما حتى يعتدل واما بيع
الرطب بالرطب فلما روينا لان اسم التمر
يتناوله فيجوز بيعه مثلا بمثل لذلك ولو
باع البسر بالتمر لا يجوز التفاضل فيه لانه تمر على
ما بينا بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء
من التمر لانه ليس بتمر لان اسم التمر يطلق
عليه من اول ما ينعقد صورته لا قبله
وهو عددي متفاوت وهو اول ما ينشق عنه
النخل سمي به لانه يستر ما في جوفه والتفاوت
فاحشا لا يجوز السلم فيه ولو باع حنطة رطبة
او مبلولة او يابسة جاز البيع وكذا لو باع
تمرا منقعا او زبيبا منقعا بتمر مثله او بزبيب
مثله او باليابس منهما جاز عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يجوز شيء
من ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال
وهو بعد اليبس والفرق له بين بيع الرطب
بالرطب وبين بيع المبلول بمثله حيث

اجاز بيع الرطب بالرطب ومنع غيره جميعه
ان التفاوت فيها يظهر مع بقاء البدلين على
الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر
مع بقاء احدهما على ذلك الاسم فيكون تفاوتا
في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب يكون
التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن
تفاوتا في المعقود عليه وابو حنيفة رحمه
الله يعتبر المساواة في الحال وكذا ابو يوسف
رحمه الله لاطلاق قوله عليه الصلاة والسلام
الحنطة بالحنطة مثلا بمثل الحديث وهو باطلاقه
يتناول الحنطة والتمر والشعير على اي صفة
كان الا ان ابا يوسف رحمه الله ترك هذا الاصل
في بيع الرطب بالتمر حتى منعه بما روينا
من حديث زيد بن عياش على ما بينا من قبل
قال **واللحوم المختلفة بعضها ببعض متفاضلا**
وبين البقر والغنم وخل الدقل بخل العنب
وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لانه جنس واحد
لاتحاد الاسم والصورة والمقصود ولنا ان
اصولها اجناس مختلفة حتى لا يضم بعضها
الى بعض في الزكاة واسماؤها ايضا مختلفة
باعتبار الاضافة كدقيق البر والشعير والمقصود
ايضا مختلف فبعض الناس يرغب في بعضها
دون بعض وقد يضره البعض وينفعه غيره

ان يتساويا وهكذا في البداية

والمعتبر في الاتحاد الاتحاد في المعنى الخاص دون
العام ولو اعتبر العام لما جاز بيع شي بشي اصلا
بخلاف لحم الجاموس والبقر او لبنهما او لحم الضان
والمعز او لبنهما او لحم العراب والبخاتي حيث
لا يجوز بيع احدهما بالاخر متفاضلا لانهما جنس
واحد حتى يضم احدهما الى الاخر في تكميل النصاب
في الزكاة فكذا اجزاؤهما ما لم يختلف المقصود
كشعر المعز وصوف الضان او لم يتبدل بالصنعة
لانه بالتبدل يختلف المقاصد ولهذا جاز بيع
الخبز بالحنطة متفاضلا وكذا بيع الزيت المطبوخ
بغير المطبوخ او الدهن المربى بالبنفسج بغير المربى
منه متفاضلا وانما جاز بيع لحم الطير بعضه
ببعض متفاضلا وان كان من جنس واحد
ولم يتبدل بالصنعة لكونه غير موزون عادة
فلم يكن مقدرا فلم توجد العلة فحاصله
ان الاختلاف باختلاف الاصل او المقصود
او بتبدل الصنعة قال وشحم البطن بالالية
او باللحم يعني يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا
وان كانت كلها من الضان لانها اجناس مختلفة
لاختلاف الاسماء والصور والمقاصد قال
والخبز بالبر والدقيق متفاضلا وعن ابي حنيفة
رحمه الله انه لا يجوز بيعه به اصلا لان بينهما
شبهة المجانسة في الحال ولا يعرف التساوي

بينهما

١٠٩

اي المحمصة

بينهما فصار كبيع المقلية بغير المقلية او
الدقيق بالحنطة دلالة والاول اصح لان الخبز بالصنعة
صار جنسا اخر حتى خرج من ان يكون مكيلا
والبر والدقيق مكيل فلم يجمعهما القدر ولا
الجنس حتى جاز بيع احدهما بالاخر نسيئة
اذا كانت الحنطة هي المتاخرة لامكان ضبطها
وان كان الخبز هو المتاخر او المسلم فيه فلا
يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله لانه يتفاوت
بالخبز والعجن والنضج واما عندهما فقد
ذكر في النهاية معزيا الى المبسوط انه لا يحفظ
عنهما خلاف ذلك ومن اصحابنا من يقول
انه لا يجوز عندهما ومنهم من يقول يجوز على
قياس السلم باللحم (يعني في اللحم) وبه يفتى للتعامل وفي
الكافي ان ابن رستم ذكر في نوادره ان على
قول ابي حنيفة ومحمد لا يصح السلم في الخبز
وعلى قول ابي يوسف يصح وزنا ولا يجوز
استقراضه وزنا ولا عددا عند ابي حنيفة
رحمه الله لما ذكرنا في السلم بل اولى لان باب
السلم اوسع حتى جاز السلم في الثياب دون
القرض وهو القياس وقال محمد رحمه الله
يجوز بالوزن دون العدد لان احاده تتفاوت
بالعدد دون الوزن وعليه الفتوى قال
لا بيع البر بالدقيق او بالسويق يعني لا يجوز

جميعا للتعامل وبه يترك القياس
كالاستصناع وقال ابو يوسف رحمه الله
يجوز بالوزن دون العدد صح صح

٢

بيع الحنطة باحدهما لا متفاضلا ولا متساويا
لانه جنسه من وجه وان اختص باسم اخر فيحرم
لشبهة الربا لان احدهما بر والاخر اجزاؤه او
احدهما دقيق والاخر اجزاؤه وهذا لانه
بالطحن لم يوجد الا تفريق الاجزاء والمجتمع
بالتفريق لا يصير جنسا اخر فبقيت شبهة
المجانسة وثبوت الشبهة يكفي لثبوت حرمة
الربا كما في دهن السمسم مع السمسم غير ان
المعيار فيهما الكيل وهو غير مسوٍّ لهما الا ترى
ان البر اذا طحن يزيد عليه وتلك الزيادة كانت
موجودة في الحال وظهرت بالطحن بخلاف بيع
دهن السمسم بالسمسم حيث يجوز لان
المعيار فيهما الوزن وهو مسوٍّ لهما فامكن
التساوي بينهما ويجوز بيع الدقيق بالدقيق
متساويا ولا يجوز متفاضلا لاتحاد الاسم
والصورة والمعنى وبه تثبت المجانسة من كل
وجه ولا يعتبر احتمال التفاضل كما في البر بالبر
وقال ابو بكر محمد بن الفضل انما يجوز بيع الدقيق
بالدقيق ~~موازنة ففيه روايتان~~ اذا كانا
مكبوسين وان كانا غير مكبوسين او احدهما
لا يجوز وان باع الدقيق بالدقيق موازنة ففيه
روايتان ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق متفاضلا
ولا متساويا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا

يجوز

يجوز كيف ما كان لانهما جنسان مختلفان
لاختلاف الاسم والمقصود الا ترى ان احدهما
يصلح لما لا يصلح له الاخر وهو آية الاختلاف
غير انه لا يجوز ان يباع احدهما بالاخر نسيئة
لان القدر يجمعهما ولابي حنيفة رحمه الله انهما
جنس واحد من وجه لانهما من اجزاء الحنطة
ولهذا لا يجوز ان يباعا بالحنطة لاتحاد الجنس
وعدم المسوي وكذا لا يجوز بيع احدهما
باصل الاخر وهو المقلية بغير المقلية لما ذكرنا
فكذا الجزءان لا يجوز بيع احدهما بالاخر اذ الجزء
لا يخالف الكل وتفاوت بعض المقاصد لا يخرج
من ان يكون جنسا له كاصل احدهما مع اصل
الاخر او معهما على ما بينا وكالبر العلك مع
المسوس حتى لا يجوز بيع احدهما بالاخر
الا متساويا ومجرد اختلاف الاسم لا يدل
على اختلاف الجنس الا ترى ان بعض الانسان
يختص باسم كالشاب والشيخ والطفل ونحوه مع
اتحاد الجنس وبيع المقلية بالمقلية والسويق
بالسويق متساويا جائز لاتحاد الاسم قال والزيتون
بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت
والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم اي لا يجوز
البيع حتى يكون الدهن الخالص اكثر مما في الاخر
ليكون قدره بمثله والزائد بالثجير لاتحاد الجنس

بينهما معنى باعتبار ما فى ضمنهما وان اختلفا
صورة فيثبت بذلك شبهة المجانسة والربا
يثبت بالشبهة فلو لم يكن الذهب الخالص اكثر
من الذى فى الاخر كان الخير بلا عوض يقابله
فيحرم ولو لم يعلم ان الخالص اكثر لا يجوز خلافا
لزفر هو يقول ان الاصل هو الجواز والفساد
طارى عند وجود الفضل الخالى عن العوض
فلا يفسد ما لم يعلم ذلك قلنا المتوهم فى الربا
كالمتحقق الا ترى الى ما روى عن جابر انه عليه
الصلاة والسلام نهى عن بيع الصبرة من التمر
لا يعلم كيلها بالكيل المسمى من التمر رواه مسلم
والنسائى وروى عنه عليه الصلاة والسلام
انه نهى عن الربا والريبة وهى شبهة الربا وقال
ابن مسعود رضى الله عنه كنا ندع تسعة اعشار
الحلال مخافة الحرام وعلى ذلك كان السلف رضى
الله عنهم ولا يقال ان السمسم مكيل والدهن
موزون فكيف يحرم التفاضل بينهما لانا نقول
المقصود منه دهنه وهو موزون والحرمة
باعتباره فان قيل على هذا ينبغى ان يجوز
بيع السمسم بالسمسم متفاضلا كيلا على وجه
الاعتبار بان يصرف كل جنس الى خلاف جنسه
قلنا ذلك يتاتى فى المنفصل خلقة دون المتصل
وكذا بيع الجوز بدهنه واللبن بسمنه والتمر

سواه وكل شى لتفله قيمة اذا بيع بالخالص منه
لا يجوز حتى يكون الخالص اكثر وان لم يكن لتفله
قيمة كتراب الذهب اذا بيع بالذهب او تراب
الفضة اذا بيع بالفضة لا يشترط ان يكون
الذهب او الفضة اكثر مما فى التراب لان
التراب لا قيمة له فلا يقابل بزائد شى حتى لو
جعل فسد لربا الفضل قال ويستقرض
الخبز وزنا لا عددا وهذا عند ابى يوسف
وعند محمد رحمه الله يستقرض بهما وقد
بيناه من قبل قال ولا ربا بين المولى وعبده
لانه وما فى يده ملكه فلا يتحقق الربا
هذا اذا لم يكن عليه دين يستغرق رقبته
وما فى يده وان كان عليه دين لا يجوز لان
ما فى يده ليس بملك للمولى عند ابى حنيفة
رحمه الله فصار كالمكاتب وعندهما تعلق به
حق الغير فلا يعرى عن الشبهة وفى المحيط
فى كتاب الصرف لا ربا بينهما وان كان عليه دين
لان له ان ياخذ كسب عبده المديون بعوض
يعد له استخلاصا بغير الجعل اخذا بهذا
الطريق الا انه اذا اخذ منه درهمين بدرهم
يرد الدرهم الزائد على العبد لانه اخذ بغير
عوض لا للربا حتى لو اخذ منه درهمين بدرهم
لا يجب على العبد الرد على المولى بخلاف المكاتب

ظ

شريكا العنان

لان حق المولى لا يظهر في حق كسب المكاتب ن
والمتفاوضان لا ربا بينهما لان الكل مالهما
وكذا شريكي العنان اذا تبايعا من مال الشركة
وان كان من غيره لم يجز قال ولا بين الحربي
والمسلم ثمة اي لا ربا بينهما في دار الحرب
وكذلك اذا تبايعا بيعا فاسدا في دار الحرب
فهو جائز وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما
الله وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما
الله لا يجوز لان المسلم التزم بالامان ان لا
يتملك مالهم الا بالعقد وهذا العقد وقع
فاسدا فلا يفيد الملك الحلال فصار كما
اذا وقع مع المستامن منهم في دارنا ولهما
قوله عليه الصلاة والسلام لا ربا بين المسلم
والحربي في دار الحرب ولان مالهم مباح
وبعقد الامان لم يصر معصوما الا انه
التزم ان لا يغدرهم ولا يتعرض لما في ايديهم
بدون رضاهم فاذا اخذه برضاهم فقد اخذ
مالا مباحا بلا غدر فيملكه بحكم الاباحة ن
السابقة اذ تاثير الامان في تحصيل التراضي
دون التملك فكان الملك في حق الحربي
زائلا بالتجارة كما رضي به وفي حق المسلم
ثابتا بالاستيلاء على مال مباح بخلاف المستامن
منهم في دارنا لان ماله صار محظورا بعقد

الامان

الامان ولو اسلم الحربي في دار الحرب ولم يهاجر
الينا فكذلك الحكم عند ابي حنيفة رحمه الله
لان ماله غير معصوم عنده على ما عرف في
موضعه باب الحقوق
قال العلو لا يدخل بشراء بيت بكل حق وبشراء
منزل الا بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل
وكثير هو فيه او منه ويدخل بشراء دار كما
الكنيف اي لا يدخل العلو بشراء بيت وان قال
بكل حق هو له ما لم ينص عليه وبشراء منزل
لا يدخل الا ان يقول بكل حق هو له او بمرافقه
او بكل قليل وكثير هو فيه او منه وبشراء الدار
يدخل العلو وان لم يكن شيئا من ذلك كما يدخل
الكنيف لان البيت اسم لمسقف واحد يصلح
للبيتوتة والعلو مثله والشيء لا يكون تبعا
لمثله ولا يدخل من حقوقه فلا يدخل بدون
التنصيص والدار اسم لما ادير عليه الحدود من البنا
يط ويشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف
والعلو من اجزائه وتوابعه فيدخل فيه من
غير ذكر والمنزل بين الدار والبيت لانه اسم لما
يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ يسكنه
الرجل باهله مع ضرب قصور فيه فانه ليس
فيه اصطبل فكان له شبه بهما فلشبهه
بالدار يدخل تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه

والبيت لا يدخل من غير ذكر توفيرا على الشبهين
حظهما وذكر في الكافي ان هذا الجواب على هذا
التفصيل بنا على عرف اهل الكوفة وفي عرفنا
يدخل العلو في الكل سوا باع باسم البيت
او المنزل او الدار لان كل منزل يسمى خانه سوا
كان صغيرا او كبيرا فكانه يتناول العلو
والسفل والاحكام في مثل هذا تنبني على العرف
فيعتبر في كل اقليم وفي كل عصر عرف اهله
وانما يدخل الكنيف لان الدار اسم لما ادير
عليه الحايط والكنيف منه فيدخل بذكر الدار
من غير افراده بالذكر كالعلو ولو كان خارج الدار
مبنيا على الظلة يدخل لانه يعد من الدار عادة
ويدخل بير الما والاشجار الذي في صحنها [illegible]
والبستان فيها لما ذكرنا وان كان البستان
خارج الدار ان كان اكبر منها او مثلها لا يدخل
الا بشرط لانه خارج عن حدودها وان كان
اصغر منها يدخل لانه يعد من الدار عرفا
فصار تبعا لها قال لا الظلة الا بكل حق
اي لا تدخل الظلة في بيع الدار الا اذا قال
بكل حق او نحو ذلك مما ذكرنا وهذا عند ابي
حنيفة رحمه الله وعندهما يدخل من غير
ذكر شي مما ذكرنا اذا كان مفتحها في الدار لانها
من توابع الدار كالعلو والكنيف ولابي حنيفة

رحمه

رحمه الله انها خارجة عن الحدود مبنية على هوا
الطريق فصارت كالطريق ولانها تابعة
للدار من حيث ان قرار احد طرفيها عليها
وليست بتابعة لها من حيث ان قرار طرفها
الاخر على شي اخر فصارت تابعة من وجه
دون وجه فيدخل ان ذكر الحقوق ونحوه والا
فلا عملا بالشبهين قال ولا يدخل الطريق
والمسيل والشرب الا بنحو كل حق بخلاف الاجارة
اي لا تدخل هذه الاشيا في بيع الارض والمسكن
الا بذكر كل حق او نحوه بخلاف الاجارة حيث
يدخل فيها من غير شرط لان هذه الاشيا تابعة
من وجه من حيث انها تقصد للانتفاع بالمبيع
دون عينها اصل من وجه من حيث انه يتصور
وجودها بدون المبيع فكانت تابعة للمبيع
من وجه دون وجه فلا يدخل في البيع الا بذكر
الحقوق والمرافق وهذا لانه قد يشترى المبيع
فلا يلزم الشرا للانتفاع به وقد تشترى الطريق
بعد ما اشترى المبيع بخلاف الاجارة لانها
تنعقد للانتفاع لا غير ولهذا لا تجوز الاجارة
فيما لا يمكن الانتفاع به ولو بطل الانتفاع بعد
عقد الاجارة تبطل الاجارة وكذا لو استثنى
هذه الاشيا عن عقد الاجارة يبطل اذ لا يمكن
الانتفاع بالعين المستاجرة الا بهذه الاشيا،

نوجب دخولها فيها تصحيحا لها الا ترى انه لو
استاجر الطريق من صاحب العين لا يجوز
لتعين الدخول فيها ولا يدخل مسيل ما المزاب
اذا كان في ملك خاص ولا مسقط الثلج فيه
وقدر الحمام يدخل لانه مركب بالبناء ولو
اشترى رحى يعني الطاحون يدخل الحجر الاسفل لانه مركب بالبناء
ولا الاعلى استحسانا والالات الملصقة
بالبيت لان الرحا اسم لبيت فيه حجر دوار
والحجر الاعلى هو الدوار باب
الاستحقاق قال البينة حجة متعدية
لا الاقرار لان البينة لا تصير حجة الا بقضاء
القاضي وللقاضي ولاية عامة فينفذ قضاؤه
في حق الكافة والاقرار حجة بنفسه لا يتوقف
على القضاء وللمقر ولاية على نفسه دون غيره
فيقتصر عليه قال والتناقض يمنع دعوى الملك
لا الحرية والنسب والطلاق لان القاضي لا يمكنه
ان يحكم بالكلام المتناقض اذ ليس احدهما
باولى من الاخر فسقطا غير ان الحرية والطلاق
والنسب مبناه على الخفاء فيعذر في التناقض
لان النسب ينبني على العلوق والطلاق والحرية
ينفرد بهما الزوج والمولى فيخفى عليهم قال
مبيعة ولدت فاستحقت ببينة تبعها ولدها
وان اقر بها لرجل لا والفرق ان البينة حجة

مطلقة

مطلقة مبينة كاسمها فيثبت بها الملك من الاصل
ولهذا يرجع المشتري على البائع بالثمن عند
استحقاق المبيع بالبينة والاقرار حجة قاصرة
يثبت به الملك في المقر به ضرورة صحة الخبر
وقد اندفعت الضرورة باثباته بعد الانفصال
فلا يظهر الاستحقاق في حقه ولهذا لا يرجع
المشتري بالثمن على البائع عند استحقاق
المبيع بالاقرار ولان المالك يقدر على الملك
للحال فيحمل اقراره به على ذلك بخلاف الشهود
فانهم لا يقدرون على اثبات الملك بشهادتهم
للمستحق ان لم يكن مالكا له قبل ذلك فيكون
اظهارا للملك من الاصل فيستحقه بزوائده
ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام لانه تبع
لها فيكتفى به وقيل يشترط القضاء بالولد
وهو الاصح لان محمدا رحمه الله قال اذا قضى
القاضي بالاصل ولم يعرف الزوائد لم تدخل
الزوائد تحت الحكم لانه منفصل وقت القضاء
وذكر في النهاية ان الولد انما لا يتبعها في الاقرار
اذا لم يدعه المقر له اما اذا ادعاه كان له لان
الظاهر انه له قال وان قال عبد لرجل
اشترني فانا عبد فاشتراه فاذا هو حر فان كان
البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة فلا شيء على
العبد وان لا رجع المشتري على العبد والعبد

ارتهنه رهنا

على البايع بخلاف الرهن يعني اذا قال ارتهني
فاني عبد فارتهنه فاذا هو حر حيث لا يرجع
المرتهن على العبد بمال سوا كان الراهن حاضرا
او غايبا وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يرجع
في الفصل الاول ايضا لان ضمان الثمن بالمعاوضة
او بالكفالة فلم يوجد واحد منهما فصار
كمسالة الرهن وكما اذا قال اشتري او قال
انا عبد ولم يزد على ذلك وهذا لان ما
يوجب الضمان لا يختلف بين ان يكون حاضرا
او غايبا كالرهن يحققه انه لم يوجد منه
الا الاخبار كاذبا والامر بالشرا وذلك لا يوجب
الضمان كما اذا كان ذلك من الاجنبي ولهذا
قلنا فيمن قال لغيره اسلك هذه الطريق
فانه آمن او قال له كل هذا الطعام فانه
ليس بمسموم فكان بخلاف ذلك لا يجب عليه
ضمان ما عطب بسبب ذلك لما قلنا وجه
الظاهر ان المقر بالعبودية ضمن سلامة
نفسه او سلامة الثمن للمشتري عند تعذر
استيفائه من البايع لانه انما اقدم على الشرا
معتمدا على كلامه فصار بذلك بمنزلة المغرور
من جهته والغرور في المعاوضة يجعل سببا
للضمان دفعا للضرر عنه بقدر الامكان
لان المعاوضات تقتضي سلامة العوض فاذا

ظهرت

ظ

ولم يوجد

من ان الضمان بالمعاوضة او بالكفالة

ظهرت حرية الاصل واهلية الضمان وتعذر
الاستيفا من جهة البايع يواخذ هو بذلك كالمولى
اذا قال لاهل السوق هذا عبدي وقد اذنت
له في التجارة فبايعوه فلحقته ديون ثم ظهر
انه حر او استحق رجعوا عليه بقيمته بحكم
الغرور دفعا للضرر عن الغرما فجعل المولى كانه
ضمن لهم سلامة المالية منه والبيع عقد
معاوضة فامكن ان يجعل الامر به ضمانا
للسلامة بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة
بل هو حبس من غير عوض يقابله ويصير
بعاقبته استيفا العين حقه من غير ان
يجعل مبادلة الا ترى ان الرهن يجوز في
موضع لا يجوز فيه المبادلة كثمن الصرف
وراس مال السلم والمسلم فيه فلا يمكن ان
يجعل الامر به ضمانا للسلامة اذ هو في ضمن
عقد المعاوضة وبخلاف المستشهد به من
الامر بالاكل والسلوك او كان الامر بذلك من
الاجنبي لانه ليس بعقد معاوضة وامر الاجنبي
لا يعبا به ولا يلتفت اليه وبخلاف ما اذا قال
اشتري او قال انا عبد ولم يزد عليه لان الحر
يشترى تخليصا كالاسير وقد لا يجوز شراء
العبد كالمكاتب فلم يوجد منه ما يدل على
الضمان ثم اذا ضمن المقر بالعبودية يرجع

بذلك على البايع لانه قضى دينا عليه وهو مضطر
فيه فلا يكون متبرعا كمعير الرهن اذا قضى
الدين لتخليص الرهن فان قيل لا يتصور
هذه المسالة على قول ابي حنيفة رحمه الله فان
الدعوى شرط عنده لقبول الشهادة بالحرية
لكون العتق حق العبد والتناقض فيه يمنع
صحة الدعوى فكيف تقبل بينته على الحرية
بعد اقراره بالرق قلنا قد اجاب عنه
بعض مشايخنا بان الوضع في حرية الاصل
والدعوى فيها ليست بشرط عنده لتضمنها
تحريم الفرج لان الشهود يجب عليهم
تعيين امه في حرية الاصل فتحرم على المولى
وحرمة الفرج حق الله تعالى وفي حقوق
الله تعالى الدعوى ليست بشرط كما في عتق الامة
فلا يكون التناقض مانعا حتى لو خلت حرية
الاصل عن تحريم الفرج كولد المغرور يكون
الدعوى فيه شرطا والتناقض مانع من صحتها
من حيث انه يعدم الدعوى وعامتهم
على ان دعوى العبد شرط عنده في الحرية
الاصلية والطارية لانها حق العبد
وهو الصحيح لكن التناقض لا يمنع صحة
الدعوى وقبول الشهادة فيها لخفاء الحال
عليه فيعفى التناقض فيه اما الحرية الاصلية

فلان

فلان الصغير قد يجلب من دار الحرب ولا يعلم
بحرية ابويه او بحرية احدهما باسلامهما
او باسلام احدهما فيها ويعتقد انه رقيق
فيقر بالرق ثم يتبين له الحال بعد ذلك
فيدعي الحرية فيعذر في التناقض واما في
العتق الطاري فلان المولى يستبد به
ويخفى على العبد فيعذر في التناقض كالمختلعة
تقيم البينة ان زوجها طلقها ثلاثا قبل
الخلع وكالمكاتب اذا اقام بينة ان مولاه
اعتقه قبل الكتابة قال رحمه الله ومن
ادعى حقا في دار مجهولا فصولح على مائة
فاستحق بعضها لا يرجع بشيء لان دعواه يجوز ان
يكون فيما بقي وان قل فما دام في يده شيء لا يرجع
عليه بخلاف ما اذا استحق كلها لانا تيقنا
انه اخذ عوضا عما لا يملك فيرد ودلت المسالة
على ان الصلح على معلوم عن مجهول جائز
لانه لا يفضي الى المنازعة والمنع باعتباره
فاذا خلا عنه جاز وقد ذكرناه في الابراء
عن كل عيب وذكرنا الخلاف فيه ودلت ايضا
على ان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة
الصلح لان دعوى الحق في الدار غير صحيحة
لجهالة المدعى حتى لو اقام البينة على هذه
الصورة لا تقبل بينته الا اذا ادعى اقرار المدعى

عليه بذلك فحينئذ تقبل بينته لان الاقرار بالمجهول
صحيح بخلاف البينة وقال بعض المشايخ لا يصح
الصلح الا في دعوى الاقرار او دعوى المقدر من
الدار لانه معاوضة او لافتدا اليمين والمعاوضة
لا تجوز في المجهول وكذا اليمين لانها لا تتوجه
الا بعد صحة الدعوى قلنا قد يكون لدفع
الشغب والخصومة وذلك يحصل به وهذا اذا لم
يقدر الحق شي وان قدره بجزء معلوم بربع مثلا
او نصف لا يرجع عليه ما دام في يده ذلك
القدر وان بقي اقل منه رجع عليه بحساب
ما استحق منه قال ولو ادعى كلها رجع
عليه بقسطه لان الصلح على مائة وقع عن
كل الدار فاذا استحق منها شي تبين ان المدعي
لا يملك ذلك القدر فيرد بحسابه من العوض
قال ومن باع ملك غيره فللمالك ان يفسخه
او يجيزه ان بقي العاقدان والمعقود عليه وله وبه لو عرضا
اي للمالك ان يجيز العقد بشرط ان يبقى المتعاقدان
والمعقود عليه والمعقود له وهو المالك بحاله
والاصل فيه ان كل تصرف صدر من الفضولي
وله مجيز حال وقوعه انعقد موقوفا على الاجازة
عندنا وان لم يكن له مجيز حالة العقد لا يتوقف
ويقع باطلا والشرا لا يتوقف على الاجازة اذا
وجد نفاذا على العاقد وان لم يجد نفاذا يتوقف

كثر ا

١١٧

كثر ا العبد والصغير المحجور عليهما وعند
الشافعي رحمه الله لا ينعقد تصرفات الفضولي
اصلا ولا يجوز باجازة المالك لانها وقعت
باطلة لخلوها عن ولاية شرعية اذ هي بالملك
او بتوكيل المالك ولم يوجد واحد منهما فلغو
لان التصرفات الشرعية تتوقف على الولاية
كما يتوقف على الاهلية والمحلية ولنا حديث
عروة بن ابي الجعد البارقي ان النبي صلى الله
عليه وسلم اعطاه دينارين ليشتري له بهما
شاة فاشترى له بهما شاتين فباع احداهما
بدينار وشاة فدعا له بالبركة في بيعه
فكان لو اشترى التراب لربح فيه رواه
البخاري واحمد وابو داود وحديث حبيب
ابن ابي ثابت عن حكيم بن حزام ان النبي صلى
الله عليه وسلم بعثه ليشتري له اضحية
بدينار فاشترى اضحية فاربح فيها دينارا
فاشترى اخرى مكانها فجا بالاضحية والدينار
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ضح
بالشاة وتصدق بالدينار رواه الترمذي
وهذا رسول الله صلى الله عليه وسلم اجاز بيعه
ولو كان باطلا لرده وانكر عليه ولان ركن
التصرف صدر من اهله مضافا الى محله ولا
ضرر في انعقاده موقوفا لينعقد وهذا لان

واتى بدينار وشاة صح

بتشديد اليا وتخفيفه

الاهلية بالعقل والتمييز والمحلية بكون
المال متقوما وقد وجد او سرقته ضرر على
المالك لانه مخير فاذا رأى المصلحة فيه نفذه
والا فسخه بل له فيه منفعة حيث يسقط
عنه مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وسقوط
رجوع حقوق العقد اليه فيه نفع للمتعاقدين
لصون كلاميهما عن الالغاء فتثبت القدرة الشرعية
احرازا لهذه المنافع على ان الاذن ثابت دلالة
لان كل عاقل يرضى بتصرف يحصل له به النفع
اذ لا يوجد مثل هذا التصرف النافع في حال غيبته
عادة الا من صديق متفضل بنصح يرى
لاخيه مثل ما يرى لنفسه فان قيل المقصود
بوضع الاسباب الشرعية احكامها لا مجرد
السبب فاذا لم يفد الحكم لا يعتبر وحكمه
وهو التمليك لا يتصور من غير مالك فيلغو
قلنا لا نسلم انه لا يفيد الملك بل يفيد ملكا
موقوفا لائقا بالسبب الموقوف كما يفيد
السبب البات الملك البات لانه هو اللائق
به ولهذا لو اعتق المشتري ثم اجاز المالك
البيع نفذ عتقه ولان السبب انما يلغو اذا خلا
حكمه عنه شرعا واما اذا تاخر فلا لان العلة
قد يتاخر حكمها لعارض كالبيع الذي فيه الخيار
للمتعاقدين او لاحدهما وكالراهن اذا تبايعا

رهنا

رهنا يرهن بغير اذن المرتهنين انعقد
وتوقف الحكم لحق المرتهنين وكذا الطلاق المضاف
الى شهر سبب للحال ويتاخر حكمه وكذا شهر رمضان
سبب لوجوب الصوم ويتاخر الوجوب
في حق المسافر والمريض ولا يلزم على هذا
اعتاق الصبي وطلاقه وهبته وبيعه بالغبن
الفاحش حيث لا يجوز لو اجازها الولي او
هو بنفسه بعد بلوغه لان هذه العقود
لا مجيز لها حال وقوعها لتمحضها ضررا عليه الا
ترى ان الولي لا يملك انشاءها فبطلت فبعد
ذلك لا تعود صحيحة حتى لو باشر الصبي عقدا
يملكه عليه الولي كالنكاح والاجارة والبيع
من غير غبن توقف حتى لو اجازه الولي او هو
بعد بلوغه جاز فان قيل نهى رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان
اي ما لا يملكه كما نهى عن بيع المبيع قبل القبض
وعن بيع الآبق ثم اذا باع المبيع قبل القبض
او الآبق لا يجوز للنهي الوارد فيه فكذا هذا
بل اولى لان الآبق والمبيع ملكه ومع هذا لا يجوز
بيعه فعند عدم الملك اولى قلنا كلامنا في انعقاد
العقد وبيع المبيع قبل القبض ينعقد عندنا
وان كان فاسدا وكذا الآبق في رواية حتى لو
سلمه بعد ذلك صح فلا يلزمنا والمراد بما روي

انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان
ان يبيع شيا لا يملكه ثم يشتريه ويسلمه بدليل
وقصة الحديث قال حكيم بن حزام قال يرسول الله
ان الرجل لياتيني فيطلب مني سلعة ليست عندي
فابيعها منه ثم ادخل السوق فاشتريها له
فاسلمها له فقال عليه الصلاة والسلام لا تبع
ما ليس عندك رواه ابو داود واحمد وانما شرط
لصحة الاجازة بقا العاقدين والمعقود له والمعقود
عليه لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من
قيامه وذلك بقيام هذه الاشيا ولا يشترط
بقا الثمن الا اذا كان عرضا لان العرض يتعين
بالتعيين فصار كالمبيع فيشترط بقاؤه واذا اجازه
المالك كان الثمن مملوكا له امانة في يد الفضولي
بمنزلة الوكيل حتى لا يضمن بالهلاك في يده سواء هلك
بعد الاجازة او قبله لان الاجازة اللاحقة
كالوكالة السابقة وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة
دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح
لانه معبر محض فلا ترجع الحقوق اليه وكذا
لا يشترط في النكاح بقا العاقد الفضولي عند
الاجازة حتى لو اجازه بعد ما هلك العاقد جاز
وهذا الذي ذكرنا من ان الثمن يكون للمالك فيما
اذا كان دينا وان كان عرضا معينا كان الثمن
العرض للفضولي ملكا له واجازة المالك اجازة

نقد لا اجازة عقد لانه لما كان العرض متعينا
كان شرا من وجه والشرا لا يتوقف بل ينفذ
على المباشر ان وجد نفاذا فيكون ملكا له
وباجازة المالك لا ينتقل اليه بل تاثير اجازته
في النقد لا في العقد ثم يجب على الفضولي مثل
المبيع ان كان مثليا والا فقيمته لانه لما صار
البدل له صار مشتريا لنفسه بمال الغير مستقرضا
له في ضمن الشرا فيجب عليه رده كما لو قضى دينه
بمال الغير واستقراض غير المثلي جايز ضمنا وان
لم يجز قصدا الا ترى ان الرجل اذا تزوج امراة
على عبد الغير صح ويجب قيمته عليه لان النكاح
على العبد مشروع فينعقد ومن ضرورته يصير
قرضا فكذا هنا واعتبار جانب الشرا اولى من اعتبار
جانب البيع لانه يوافق الاصل لنفاذ تصرف
العاقل عليه واعتبار جانب البيع يقتضي التوقف
على غيره وهو خلاف الاصل ولا يقال لو كان شرا لما ملكه
الوكيل بالبيع لانا نقول اطلاق الوكالة بالبيع
يتناول البيع بالدين والعين فيجري على اطلاقه
في غير موضع التهمة ولو مات المالك لا ينفذ باجازة
الوارث في الفصلين لانه توقف على اجازة المورث
لنفسه فلا ينتقل الى غيره بخلاف الوصي او الاب
اذا توقف على اجازتهما في مال الصغير ثم بلغ الصغير
فانه ينتقل الى الابن لانه لم يتوقف على اجازتهما لنفسه

وانما توقف له فينتقل اليه بخلاف ما اذا تزوجت
امة بغير اذن مولاها وكان قد وطئها ثم مات
المولى حيث تنتقل الاجازة الى ابنه لان عدم الانتقال
الى الوارث كان لمعنى وهو حدوث حل بات على موقوف
فابطله وقد عدم ذلك هنا بوطء ابيه فلا يبطل
حتى لو قدر في الشرا ايضا بذلك بان باعها المولى
ممن لا يحل له وطئها والنكاح موقوف كان الحكم
كذلك ولو اجاز المالك في حياته ولا يعلم حال
المبيع جاز البيع في قول ابي يوسف رحمه الله اولا
وهو قول محمد رحمه الله لان الاصل بقاؤه ثم رجع
وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لوقوع
الشك في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك قال
وصح عتق مشتر من غاصب باجازة بيعه لا بيعه
معناه لو غصب رجل عبدا وباعه فاعتقه المشتري
فاجاز المالك البيع جاز عتقه ولو لم يعتقه المشتري
ولكن باعه لم يجز بيعه وهذا عندهما وقال محمد رحمه
الله لا يجوز عتقه ايضا وهو القياس لانه لم يملكه
وقد قال عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما
لا يملك ابن ادم ولهذا لان عقد الفضولي موقوف
على ما بينا والموقوف لا يفيد الملك اذ لا انفاد
فيه وعند الاجازة ان ثبت الملك بطريق الاستناد
فهو ثابت من وجه دون وجه فلا يصلح شرطا
للاعتاق لان المصحح للاعتاق ملك كامل لما روينا

وهذا

١٢٠

وهذا لانه عليه الصلاة والسلام ذكر فيه الملك
مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل ولهذا لو اعتقه
الغاصب ثم ادى الضمان لا يصح العتق مع ان
الملك الثابت له بالضمان اقوى من الملك الثابت
للمشتري حتى ينفذ بيع الغاصب اذا ادى الضمان
ولا ينفذ بيع المشتري اذا اجاز المالك البيع الاول
وكذا لو اعتقه المشتري والخيار للبايع ثم اجاز
البيع لا ينفذ عتقه وكذا اذا قبض المشتري
من الغاصب ثم باعه ثم اجاز المالك البيع الاول
لم ينفذ الثاني مع ان البيع اسرع نفاذا من العتق
حتى صح بيع المكاتب والماذون له دون عتقهما
وكذا لو باع الغاصب المغصوب ثم ادى الضمان (لا اعتاقه)
نفذ بيعه ولو اعتقه ثم ادى الضمان لا ينفذ
عتقه لما ذكرنا وكذا لو باعه الغاصب فاعتقه
المشتري منه ثم ادى الغاصب الضمان صح
بيع الغاصب وبطل عتقه لما بينا ولهما ان
الملك يثبت موقوفا بتصرف مطلق مفيد للملك
بالوضع ولا ضرر فيه على ما مر فيتوقف الاعتاق
مرتبا عليه وينفذ بنفاذه وصار كاعتاق
المشتري من الراهن فانه يتوقف وينفذ
باجازة المرتهن البيع وكاعتاق المشتري
من الوارث والتركة مستغرقة بالدين فاجاز
الغرما البيع او اعتاق الوارث عبدا من التركة

وهي مستغرقة بالدين فقضى الدين او ابرأ الغرماء
منه فانه ينفذ عتقه وهذا لان التوقف لحقوق
الملك والشيء اذا توقف لحقوقه واذا انعقد
نفذ بحقوقه بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه
لان الغصب لم يوضع لافادة الملك لكونه عدوانا
محضا وانما يملك ضرورة اداء الضمان كيلا
يجتمع البدلان في ملك رجل واحد فلم يكن الغصب
مثبتا للملك في الحال ولا سببا له ليتوقف هو
ويتوقف العتق بتوقفه حكما له بل هو سبب له
ضرورة عند اداء الضمان والعتق وجد قبله
وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار البايع لانه
ليس بمطلق والكلام فيه وشرط الخيار يمنع من
انعقاده في حق الحكم اصلا فكان الملك فيه
غير موجود لوجود الخيار المانع منه فلم يصادف
الاعتاق محله وهو الملك وهنا البيع مطلق
والاصل في الاسباب المطلقة ان تعمل في حق
الحكم بلا تراخ والتراخي انما يثبت هنا ضرورة
دفع الضرر ولا ضرر في توقف الملك والاعتاق
فوجب القول باظهار السبب في حقه ويعني
بتوقف الملك انه موجود في حق الاحكام التي
لا يتضرر المالك بها والمشتري من الغاصب
اذا اعتق ثم ملك المغصوب باداء الضمان لا
ينفذ اعتاقه عند البعض لان ملك المشتري

ثبت

ثبت بناء على ملك الغاصب لا يكفي لصحة الاعتا ق
فكذا ما ثبت بناء عليه والاصح انه ينفذ
لان ملك المشتري ثبت مطلقا بسبب مطلق
وهو الشرا فاحتمل العتق عند الاجازة
بخلاف الغاصب لانه ملكه بالغصب وهو
سبب ضروري لا مطلق لما مر فكان الملك
فيه ناقصا والناقص لا يكفي للاعتاق ويكفي
لجواز البيع الا ترى ان ملك المكاتب
يكفي لجواز البيع دون العتق وانما بطل بيع
المشتري من الغاصب عند اجازة المغصوب
منه البيع الاول لانه بالاجازة يثبت
للمشتري الاول وهو البايع الثاني ملك
بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله
لاستحالة اجتماع الملك البات والملك الموقوف
في محل واحد ولا يقال لو كان هذا مانعا
لما ثبت الملك الموقوف للمشتري من الفضولي
لوجود الملك البات فيه لمالكه بل كان هذا
اولى بالامتناع لان البات فيه موجود عند
ثبوت الموقوف فاذا كان يرفعه بعد
ثبوته فاولى ان يمنعه من الثبوت لان
المنع اسهل من الرفع لانا نقول المنع او
الرفع انما يكون عند التعارض ولا تعارض ثمة
لان الملك الموقوف لم يظهر في حق المالك

وانما يظهر في حق المتعاقدين لان البيع قايم
بهما واذا اجاز المالك بيع الفضولي فالملك
البات يثبت للفضولي والملك الموقوف
ظاهر في حقه لان الفضولي عاقد فوقع
التعارض فيرتفع البات الموقوف ولا يقال
ان الغاصب اذا ادى ضمان المغصوب
بعد ما باعه ينفذ بيعه وقد طرا على
الملك الموقوف الملك البات قلنا ملك
الغاصب ثابت ضرورة اذ ليس الغصب بسبب
موضوع للملك فلا يجعل ثابتا في محل ليس
فيه ضرورة فلا يظهر في ابطال التوقف
وحاصل الخلاف راجع الى ان عند محمد
رحمه الله بيع الفضولي لا ينعقد في حق الحكم
لانعدام الولاية فكان الاعتاق حاصلا
في ملك الغير وعندهما ينعقد في حق الحكم
ويوجب الملك على سبيل التوقف لان الاصل
في البيع المنعقد تعجيل الحكم والتراخي الى وقت
الاجازة لدفع الضرر والضرر في النفاذ لا في
ثبوت الملك على وجه لا يظهر اثره في التصرفات
الضارة قال ولو قطعت يده عند المشتري
فاجيز فارشه لمشتريه اي لو قطعت يد عبد
باعه الفضولي ثم اجاز مالكه البيع يكون ارش
اليد للمشتري لان الملك يثبت له من وقت الشراء

فتبين

فتبين ان القطع ورد على ملكه وعلى هذا كل ما
يحدث من المبيع من كسب او ولد او عقر
قبل الاجازة فهو للمشتري لما ذكرنا وهو حجة
على محمد رحمه الله والعذر له ان الملك من
وجه يكفي لاستحقاق الزوايد كالمكاتب اذا
قطعت يده فاخذ الارش ثم رد في الرق يكون

الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المبيع والخيار للبايع فاجاز البيع يكون ه

الارش للمشتري لما ذكرنا من استناد ملكه
بخلاف الاعتاق لافتقاره الى الملك الكامل
ومع الخيار للبايع لا يثبت الملك للمشتري
وبخلاف ما اذا غصب عبدا فقطعت يده عنده
ثم ضمن قيمته حيث لا يكون الارش له لان
الغصب ليس بسبب موضوع للملك وانما يثبت
الملك له ضرورة على ما بينا فلا يظهر في حق
استحقاق الزوايد قال ويتصدق بما زاد
على نصف الثمن لان فيه شبهة عدم الملك لانه
غير موجود حقيقة وقت القطع وانما يثبت بطريق
الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه
ولانه ان كان قبل القبض لم يدخل في ضمانه
فيكون ربح ما لم يضمن ويطيب له قدر نصف
الثمن لان ارش اليد قايم مقام نصف الثمن
وهذا لان ارش اليد الواحدة في الحر نصف الدية
وفي العبد نصف قيمته والذي دخل في ضمانه
ما هو كاين بمقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن

يكون ربح ما لم يضمن او فيه شبهة عدم الملك
لان الملك لا يثبت له يوم قطع اليد حقيقة
قال ولو باع عبد غيره بغير امره فبرهن
المشتري على اقرار البايع او رب العبد انه لم
يامره بالبيع واراد رد العبد لم تقبل لبطلان
دعواه بالتناقض اذ اقدامهما على العقد
وهما عاقلان اعتراف منهما بصحته ونفاذه
لان الظاهر من حال العاقل المسلم مباشرة
العقد الصحيح النافذ والبينة لا تنبني الا على
دعوى صحيحة فاذا بطلت الدعوى لا تقبل وهذا
يشكل بما ذكر في الزيادات ان المبيع اذا ادعاه رجل
فصدقه المشتري في دعواه في خذه المستحق باقراره
ثم اقام المشتري البينة على اقرار البايع بان
العبد للمستحق يريد ان يثبت له حق الرجوع
بالثمن تقبل بينته وفرقوا بينهما بان العبد
في يد المشتري في المسالة الاولى وفي مسالة
الزيادات في يد المستحق وشرط الرجوع بالثمن
ان لا تكون العين سالمة للمشتري فلذلك لم يرجع
في مسالة الزيادات وقيل اختلف الجواب لاختلاف
الوضع لموضوع ما ذكر هنا فيما اذا اقام
البينة على ان البايع اقر قبل البيع بان المبيع
للمستحق واقدامه على الشرا ينفي ذلك فيكون
متناقضا فلا تقبل بينته وموضوع ما ذكر

في

لا حاجة الى قوله بغير امره كذا في البحر

في مسالة الكتاب صح

بذلك ع

في الزيادات فيما اذا اقام البينة على ان البايع
اقر بعد البيع انه للمستحق فلا يصير متناقضا
فتقبل بينته قال ولو اقر البايع في مسالة
الكتاب عند القاضي بان رب العبد لم يامره
بالبيع بطل البيع ان طلب المشتري ذلك
لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار لعدم التهمة
فللمشتري ان يساعده فيه فيتحقق الاتفاق
بينهما فينتقض في حقهما لا في حق رب العبد
ان كذبهما وادعى انه كان امره فاذا لم ينفسخ
في حقه يطالب البايع بالثمن عندهما لانه
وكيله وليس له ان يطالب المشتري لانه برئ
بالتصادق وعند ابي يوسف رحمه الله له ان
يطالبه فاذا ادى رجع به على البايع فاذا ادى
وهذا بناء على ان ابرا الوكيل المشتري عن الثمن
صحيح عندهما ويضمن للموكل وعنده لا يصح
ولو كان بالعكس بان انكر المالك التوكيل
وتصادقا انه وكله فان اقام الوكيل البينة
لزمه والا استحلفه المالك فان حلف لم يلزمه
وان نكل لزمه لان النكول كالاقرار ولو غاب
المالك بعد الانكار وطلب البايع الفسخ فقد تحقق
فلا يجوز تاخيره لاجل اليمين فلو حضر المالك وحلف
اخذ العبد وان نكل عاد البيع ولو كان المالك
حاضرا وغاب المشتري لم ياخذ العبد لان البيع

فسخ القاضي البيع بينهما لانه قد ثبت عند القاضي
ان البيع كان موقوفا فان طلب المشتري
تاخير الفسخ ليحلف المالك على انه لم يامره
لم يؤخر لان سبب الفسخ صح

صح ظاهرا فلا يصح القضا على الغايب بفسخه وللبايع
ان يحلف رب العبد انه ما امره ببيعه فان
نكل ثبت امره وان حلف ضمن البايع ونفذ
بيعه كالغاصب اذا باع المغصوب ثم ملكه
باداء الضمان ولو مات المالك قبل حضوره
فورثه البايع وأقام بينة على اقرار المالك الميت
بانه لم يامره لم تقبل لما بينا من التناقض ولو
اقامها على اقرار مشتريه بذلك بعد
موته يقبل بخلاف ما اذا اقامها على هذا
الوجه حال حياة المالك فانها لا تقبل لانه
في حال حياته اصيل فيه فيمتنع بالتناقض
وبعد موته نايب عن الميت والميت لو
ادعى بنفسه حال حيوته لا يكون متناقضا فكذا
نايبه ولو ورثه البايع وغيره فان ادعى غيره
جحود المالك تسمع لانه لم يسبق منه ما يجعله
متناقضا بخلاف شريكه البايع حيث يكون
متناقضا وللمشتري ان يحلفه بالله ما يعلم ان
المولى امره ببيعه فان نكل ثبت الامر وان حلف
اخذ نصف العبد ورجع المشتري على البايع
بنصف الثمن وخير في النصف الآخر لتفرق
الصفقة عليه هذا اذا اقر المشتري بان العبد
ملك الآمر ولو انكر لغى قول الآمر حتى يقيم
البينة على ملكه ولغى توكيل بايعه في خصومته

ك

كي لا يصير البايع في نقض ما اوجبه ساعيا قال ومن
باع دار غيره وادخلها المشتري في بنايه
لم يضمن البايع الدار لان اقرار البايع لا يصدق
على المشتري ولا بد من اقامة البينة حتى
ياخذها فاذا اقام المستحق وهو صاحب الدار
البينة كان التلف مضافا الى عجزه عن اقامة
البينة لا الى عقد البايع لان الغاصب لا يجوز
بيعه فعلى هذا التقدير يعلم ان قوله وادخلها
المشتري في بنايه وقع اتفاقا اذ لا تاثير للادخال
والله اعلم بالصواب

باب السلم

وهو بمعنى السلف لغة فانه اخذ عاجل
بآجل وسمي بهذا العقد به لكونه معجلا على وقته
فان اوان البيع بعد وجود المعقود عليه في ملك
العاقد والسلم يكون عادة بما ليس بموجود في ملكه
فيكون العقد معجلا وينعقد بلفظ السلم ولا
ينعقد بلفظ البيع في رواية المجرد لانه ورد
بلفظ السلم على خلاف القياس فلا يجوز بغيره
وفي رواية الحسن ينعقد وهو الاصح لانه بيع
الا ترى الى ما روي انه عليه الصلاة والسلام
نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وهو
والقياس يابى جوازه لان المسلم فيه مبيع وهو معدوم
وبيع موجود غير مملوك او مملوك غير مقدور التسليم لا يجوز
فبيع المعدوم اولى ان لا يجوز ولكن تركناه بما ذكرنا قال

المراد بالدار العرصة بقرينة قوله وادخلها المشتري في بنايه

ومعنى المسئلة اذا باع دار غيره بغير اذنه ثم اعترف البايع بالغصب وانكر المشتري لم يضمن البايع صح

لاجل ذلك

وهو مشروع بالكتاب والسنة واجماع الامة قال ابن عباس رضي الله تعالى عنه اشهد ان الله احل السلم الموجل وانزل فيه اطول آية وهي قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه وقد روي انه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم صح

رحمه الله **ما امكن ضبط صفته ومعرفة قدره صح السلم فيه** لانه لا يفضي الى المنازعة وقد قال
صلى الله عليه وسلم من اسلم في تمر فليسلم في كيل
معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم رواه
مسلم والبخاري والضبط يكون بمعرفة القدر
وقد شرطه عليه الصلاة والسلام قال **وما لا
فلا** اي وما لا تنضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز
السلم فيه لانه دين وهو لا يعرف الا بالوصف
فاذا لم يمكن ضبطه به يكون مجهولا جهالة تفضي
الى المنازعة فلا يجوز كسائر الديون قال **فيصح
في المكيل والموزون المثمن** لما روينا ولما بينا
من المعنى واحترز بقوله المثمن من الدراهم
والدنانير لانهما اثمان وليسا بمثمن حتى لو اسلم فيهما
لا يصح سلما لان السلم تعجيل الثمن وتاجيل المبيع
ولو جاز فيه لانعكس فاذا لم يصح سلما يكون باطلا
عند عيسى بن ابان وقال الاعمش يكون بيعا بثمن
مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان
والعبرة في العقود للمعاني وقول عيسى اصح لان
المعقود عليه في السلم المسلم فيه وانما يصح العقد
في محل اوجبا العقد فيه وذلك غير ممكن ولا وجه
الى تصحيحه في محل اخر لانهما لم يوجبا العقد فيه
وهذا الخلاف فيما اذا اسلم فيهما غير الاثمان
واما اذا اسلم الاثمان فيهما كالدراهم في الدنانير

او

او بالعكس فلا يجوز بالاجماع لما عرف ان القدر
بانفراده يحرم النسا ولو اسلم في المكيل وزنا
كما اذا اسلم في الحنطة والشعير بالميزان روى الطحاوي
عن اصحابنا انه لا يجوز لان المسلم فيه دين في الذمة
والمؤدى عين والعين غير الدين حقيقة فيكون
المؤدى بدلا عن الواجب في الذمة والمؤدى
عين والعين غير حقيقة وان كان عينه حكما فيكون
مشتريا الحنطة بالحنطة فلا يجوز الا كيلا وعلى هذا
الخلاف لو اسلم في الموزون كيلا قال **والعددي
المتقارب كالجوز والبيض** لانه معلوم مضبوط
مقدور التسليم فاشبه المكيل والموزون
ويستوي فيه الكبير والصغير لاصطلاح الناس
على اهدار التفاوت ولهذا يستوي قيمتهما فصار
بذلك من ذوات الامثال بخلاف البطيخ والرمان
لان احادهما متفاوتة ولهذا تختلف في القيمة
وبها يعرف التفاوت والتساوي وعن ابي
حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في بيض النعامة
لتفاوت احاده في المالية ويجوز السلم في هذه
الاشيا كلها كيلا ايضا وقال زفر رحمه الله لا
يصح كيلا لانه عددي ليس بكيل فلا يصح اذ
المعتبر فيها النص فيه العادة وعنه انه لا يصح
عددا ايضا لانه يؤدي الى النزاع في التسليم
والتسلم بسبب التفاوت وان كان يسيرا

عن اصحابنا انه يجوز وان الكيل والوزن انما يشترط
ليصير معلوم القدر لا لنفي الربا لانه لا يقابل
بالجنس لان المؤدى عين الواجب حكما في باب
السلم فيكون بدلا عن راس المال لا رابا
بينهما وروى الحسن صح

نصًا ركالسفرجل والقثّا ولنا ان المقدار يعرف بالكيل تارة وبالعد اخرى فتنقطع المنازعة بينهما بذكر احدهما ايهما كان اذا كان يعرف قدره بهما قال والفلس لانه عددي يمكن ضبطه فيصح السلم فيه وقيل عند محمد رحمه الله لا يجوز السلم فيه لانه ثمن مادام يروج والسلم فيه مبيع فلا يصح فيه كالنقدين واذا كسد صار قطعة نحاس فلا يجوز السلم فيه عددا ولنا ما ذكرنا انه يمكن ضبطه به فيصح كسائر المعدودات وهذه المسئلة مبنية على ان اصطلاح الناس على الثمنية لا يبطل باصطلاحهما عنده وعندهما يبطل على ما ذكرنا في بيع الفلس بالفلسين وذكرنا الفرق هناك بين الفلوس والنقدين قال واللبن والآجر ان سمّي ملبن معلوم لان آحادهما لا تختلف اختلافا يفضي الى المنازعة بعد ذكر الالة قال رحمه الله والذرعي كالثوب ان بين الذراع والصفة لانه يصير معلوما بذكر هذه الاشياء فلا يؤدي الى النزاع وان كان ثوب حرير يباع بالوزن لا بد من بيان وزنه مع ذلك لانه يصير معلوما به قال لا في الحيوان وقال الشافعي رحمه الله يجوز السلم فيه اذا بين الجنس والسن والنوع والصفة لما روى انه عليه الصلاة والسلام استقرض بكرا ورد رباعيا ولانه بعد

والصفة مع

اي ابن صغير

اي ابن اربع سنين

بيان

بيان ما ذكرنا من الاوصاف الجهالة تقل ولا تفضي الى المنازعة كما في الثياب ولنا ما روي انه عليه الصلاة والسلام نهى عن السلم في الحيوان ولانه يتفاوت احاده تفاوتا فاحشا بحيث لا يمكن ضبطه الا ترى ان العبدين يستويان في الجنس والسن ويتفاوت فيهما لاختلاف المعاني الباطنة كالكياسة وحسن الخَلْق والخُلق والسيرة والفصاحة والامانة والشدة قال قائلهم

الا رب فرد يعدل الالف زائدا ... والف ترانم لا يساوون واحدا

وكذا سائر الحيوان يختلف اختلافا يؤدي الى اختلاف المالية فلا يجوز السلم فيه كما في الخلقات والجواهر بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد والعبد انما يصنع بالالة فاذا اتحد الالة والصانع يتحد المصنوع والتفاوت اليسير بعده لا يضر وما روى انه عليه الصلاة والسلام استقرض بكرا فالمراد انه عليه الصلاة والسلام استعجل في الصدقة ثم لم يجب الزكاة على صاحبها فرد مكانه رباعيا او استقرض لبيت المال لانه يجوز ان يستحق مجهول على بيت المال كما يجب له حق مجهول وما روى انه عليه الصلاة والسلام اشترى بعيرا ببعيرين الى اجل كان قبل نزول اية الربا لان الجنس بانفراده يحرم النسا كان

اي الثياب المعشرة اي الجليات جمع

م

ذلك في دار الحرب اذ لا يجري الربا بين المسلم
والحربي في دار الحرب على ما بيناه من قبل ويدخل
فيه جميع انواع الحيوانات حتى العصافير
لان النص لم يفصل قال والاطراف يعني لا يجوز
السلم في اطراف الحيوان كالراس والاكارع للتفاوت
الفاحش وعدم الضابط ثم قيل هذا قول ابي
حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز كما في اللحم
وقيل لا يجوز بالاتفاق والفرق لهما بينه وبين
اللحم ان المسلم فيه هو اللحم دون العظم والعظم
في الروس وفي الاكارع اكثر من اللحم او مساو
له فلا يمكن ان يجعل تبعا للحم فبقي معتبرا
ولا يدري قدره فيصير قدر المسلم فيه وهو
اللحم مجهولا واما العظم الذي في اللحم فقليل
فامكن جعله تبعا للحم لقلته كما في عظم
الالية ولو اسلم فيه وزنا اختلفوا فيه
قال والجلود عددا اي لا يجوز السلم فيه
وكذا في الورق لا يجوز للتفاوت الفاحش فيهما
الا ان يبين فيهما ضربا معلوما وطولا وعرضا
وصفة معلومة من الجودة والرداءة فحينئذ
يجوز السلم فيهما لامكان ضبطهما وكذا اذا
كانا يباعان وزنا يجوز السلم فيهما بالوزن
قال والحطب حزما والرطبة جرزا لانه
مجهول لا يعرف طوله وغلظه حتى لو عرف ذلك

الظلف فيها لانه راجع الى الجلود

بان

بان بين الحبل الذي يشد به الحطب والرطبة
وبين طوله وضبط ذلك بحيث لا يؤدي الى النزاع
جاز قال والجوهر والخرز لان احادهما متفاوتة
تفاوتا فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا
يجوز السلم فيها بالوزن لانه مما يباع بالوزن
فامكن معرفة قدره به قال والمنقطع
اي لا يجوز السلم في الشيء المنقطع لان شرط
جوازه ان يكون موجودا من حين العقد
الى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد
موجودا عند المحل او بالعكس او منقطعا فيما
بين ذلك لا يجوز وحد الانقطاع ان لا يوجد
في الاسواق وان كان في البيوت وقال الشافعي
رحمه الله يجوز في المنقطع اذا كان موجودا
عند المحل او بالعكس او منقطعا فيما بين ذلك
لا يجوز وحد الانقطاع ان لا يوجد في الاسواق
وان كان في البيوت وقال الشافعي رحمه الله
يجوز في المنقطع اذا كان موجودا عند المحل لوجود
القدرة عند وجوبه ولا معنى لاشتراطه قبل
ذلك ولنا ما روي عن انس رضي الله عنه ان
النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة
حتى تزهي قالوا وما تزهي قال تحمر وقال اذا منع
الله الثمرة فبم يستحل احدكم مال اخيه رواه
مسلم والبخاري وعن ابن عمر ان النبي صلى الله

عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها
نهى البايع والمبتاع رواه البخاري ومسلم
وجماعة اخر وفي لفظ حتى تبيض وتأمن العاهة
وهذا نص على انه لا يجوز في المنقطع في الحال
اذ الحديث ورد في السلم لان بيع الثمار بشرط
القطع جائز لا يمنع احد بيع مال معين منتفع
به في الحال او في المآل وقوله عليه الصلاة والسلام
فبم يستحل احدكم مال اخيه وهو راس مال
السلم يدل عليه لانه احتمال بطلان البيع
بهلاك المبيع قبل القبض لا يؤثر في المنع ولان
القدرة على التسليم حال وجوبه شرط لجوازه
وفي كل وقت بعد العقد يحتمل وجوبه بموت
المسلم اليه لان الديون تحل بموت من عليه
الدين فيشترط دوام وجوده لتدوم القدرة
على التسليم لان جوازه على خلاف القياس
فيجب الاحتراز فيه عن كل خطر يمكن وقوعه
لان المحتمل في باب السلم كالواقع ولان القدرة
على التسليم بالتحصيل في المدة ولا بد من استمرار
الوجود فيها ليتمكن من التحصيل ولو انقطع عن
ايدي الناس بعد المحل قبل ان يوفي المسلم فيه
فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ العقد واخذ
راس ماله وان شا انتظر وجوده وقال زفر
رحمه الله يبطل العقد ويسترد راس المال

من البيع

للعجز

للعجز عن تسليمه كما اذا هلك المبيع قبل القبض
قلنا ان السلم قد صح وتعذر تسليم المعقود
عليه بعارض على شرف الزوال فيخير فيه كما اذا
ابق العبد المبيع قبل القبض بخلاف هلاك المبيع
قبل القبض لانه قد فات لا الى خلف وبخلاف
ما اذا اشترى بالفلوس شيئا وكسدت حيث
يبطل البيع به لانها تفوت اصلا ولا يرجى زواله
ولو رجي لا يعلم متى يروج بخلاف ما نحن فيه
فان لادراك الثمر القدرة على التسليم اوانا
معلوما فيتخير قال والسمك الطري اى
لا يجوز السلم في السمك الطري لانه ينقطع عن
ايدي الناس في الشتا لانجماد المياه حتى لو كان
في بلد لا ينقطع فيه السمك واسلم فيه في حينه
جاز وزنا لا عددا وعن ابي حنيفة رحمه الله انه
لا يجوز في الكبار التي تقطع كالسلم في اللحم
لاختلاف الناس في نزع عظمها واختلاف
رغباتهم في مواضعها قال وصح وزنا لو مالحا
اى ان كان السمك مالحا جاز السلم فيه وزنا لا عددا
لان المالح منه وهو القديد لا ينقطع عن ايدي
الناس وهو معلوم يمكن ضبطه ببيان قدره
بالوزن وبيان نوعه وذكر في النهاية معزيا
الى الايضاح ان الصحيح في الصغار منه وزنا
وكيلا وفي الكبار روايتان قال واللحم اى لا يجوز

اللغة الفصحى مليحا

يجوز

السلم في اللحم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله :
وق لا يجوز ان يبين جنسه ونوعه وسنه وموضعه
وصفته وقدره كشاة خصي ثني سمين من الجنب
او الفخذ مائة رطل لانه موزون مضبوط الوصف
ولهذا يضمن بالمثل عند الاتلاف ويصح استقراضه
وزنا وهو لا يصح الا في ذوات الامثال ويجري
فيه ربا الفضل بعلة الوزن فصار كالالية
وشحم البطن بخلاف لحم الطيور فانه لا يقدر
على وصف موضع منه وتضمنه غير مقصود وهو
العظم لا يمنع الجواز كتضمن التمر والمشمش
والخوخ النوى وكتضمن الالية العظم ولابي
حنيفة رحمه الله ان اللحم يختلف باختلاف صفته
من سمن وهزال ويختلف باختلاف فصول
السنة فما يعد سمينا في الشتاء يعد مهزولا
في الصيف ولانه يتضمن عظاما غير معلومة
ويجري فيه المماكسة فالمشتري يامره
بالنزع والبائع يدسه فيه وهذا النوع من
الجهالة والمنازعة لا ترتفع ببيان الموضع
وذكر الوزن فصار كالسلم في الحيوان بخلاف
النوى في الثمار والعظم في الالية فانه معلوم
ولهذا لا يجري فيه المماكسة وفي مخلوع العظم
لا يجوز على الوجه الاول وهو الاصح لان الحكم
اذا علل بعلتين لا ينتفي الحكم بانتفاء احدهما لما عرف

هذه الصفة مثبتة على ... والاصح انه ... مختلطا بالعظم ... بركونه قيدا

في

في موضعه والتضمين بالمثل ممنوع فانه من
ذوات القيم في رواية بيوع الجامع الكبير وكذا
لا يجوز استقراضه ولئن سلم فيهما فهو معاين
عند الاتلاف والاستقراض فيمكن ضبطه
بالمشاهدة بخلاف الموصوف في الذمة وقيل
لا خلاف بينهم فجواب ابي حنيفة رحمه الله
فيما اذا اطلق السلم في اللحم وهما لا يجوزانه
فيه وجوابهما فيما اذا بين موضعا منه
معلوما وهو يجوزه فيه والاصح ان الخلاف
فيه ثابت قال ولا بمكيال او ذراع لم يدر قدره
اي لا يجوز السلم بذراع معين او بمكيال
معين لا يعرف قدره لانه يحتمل ان يضيع
فيؤدي الى النزاع بخلاف البيع به حالا حيث
يجوز لان التسليم فيه يجب في الحال فلا يتوهم
فواته وفي السلم يتاخر التسليم فيخاف
فواته وقد ذكرناه في اول البيوع وفي الهداية
ولا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط
كالقصاع مثلا وان كان مما ينكبس بالكبس
كالزنبيل والجراب لا يجوز السلم به كيف
كيف ما كان لما ذكرنا وان كان يعرف قدره
فالتقدير به لبيان القدر لا للتعيين فكيف
يتاتى فيه الفرق بين المنكبس وغير المنكبس
او التجويز في قرب الماء وانما يستقيم هذا التفصيل

للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل فيه
كذا عن ابي يوسف وهذا لا يستقيم
في السلم لانه ان كان لا يعرف قدره
فلا يجوز السلم به كيف ما كان لما ذكرنا
صح

فى البيع ان كان يجب تسليمه فى الحال حيث
يجوز بانا لانعرف قدره ويشترط فى ذلك الان
ان لاينكبس ولاينخبط ويبقى فيه استبانا
فرئب الما ايضا قال ولا فى الحيوان ولا فى اطرافه ولا فى حنطة قرية بعينها ولا ثمرة نخلة بعينها
اى لايجوز السلم فيهما لاحتمال ان يعتريهما
آفة فلايقدر على تسليمهما واليه اشار عليه
الصلاة والسلام بقوله اذا منع الله الثمرة
فبم يستحل احدكم مال اخيه ولو كانت النسبة
لبيان النوع بان كان له نظير فلاباس به
وكذا اذا نسبه الى اقليم لايتوهم انقطاعه
كالشام والعراق قال وشرطه بيان الجنس والنوع
والقدر والصفة والاجل كقوله حنطة سقية
جيدة عشرة اكرار الى شهر لان الجهالة
تنتفى بذكر هذه الاشيا وقال الشافعى رحمه
الله الاجل ليس بشرط لجوازه لما روى انه
عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند
الانسان ورخص فى السلم مطلقا واشتراط الاجل
فيه زيادة على النص ولانه بيع ما فى الذمة
فيصح حالا كالمعين والمعنى فيه انه معاوضة
مال بمال فيكون فيه الاجل جائزا اثرا فيه لا شرطا
كغيره من انواع البيوع والاجارات ولان
الظاهر ان العاقل لايلتزم ما لايقدر عليه فكان
قادرا على تسليمه ظاهرا وذلك يكفى لجواز

العقد ولو لم يكن قادرا على التسليم كان قادرا
بما يدخل فى ملكه من راس المال بواسطة
التمسير به ولهذا اوجبنا تسليم راس المال على
رب السلم اولا قبل قبض المسلم فيه بخلاف
الكتابة على اصله فانه يخرج من يد مولاه غير
مالك لشى فلايقدر على الادا فى الحال فيشترط
فيها التاجيل ليتمكن من التحصيل ولنا قوله عليه
الصلاة والسلام من اسلم فليسلم فى كيل معلوم
الى اجل معلوم فشرط فيه اعلام الاجل كما شرط
اعلام القدر فكان لازما كالقدر وهذا لان المشروع ٤
بصفة لايوجد بدون تلك الصفة كالصلاة
شرعت بوضوء فلاتوجد بدونه والرهن شرع
مقبوضا فلايوجد بدونه وهو نظير من قال
من دخل دارى فليدخل غاض البصر حتى لايجوز له
ان يدخلها الا وهو كذلك وكمن قال من اراد ان
يصلى فليتوضا وما رواه حكاية حال فلاعموم
لها لاحتمال ان يكون المرخص هو المؤجل ولان
القدرة على تسليم المعقود عليه شرط لصحة
العقد فانه سبب القدرة وهو الاجل الذى
فيه يتمكن من تحصيله يكون شرطا ضرورة وهذا
لان الواجب فى الاصل هو تعيين المعقود
عليه ليكون قادرا على تسليمه لايلغ الحاجة
حتى اذا كان لايقدر على تسليمه مع تعيينه كالآبق

ونحوه لا يجوز بيعه فعلم بذلك ان البيع من
غير تعيين المبيع او عند عدم القدرة على
التسليم حرام وانما اجيز في السلم من غير
تعيين المبيع رخصة لاجل المفاليس لما روينا
والرخصة اسم لما استبيح مع قيام الدليل المحرم
والحرمة لعذر تيسيرا على العباد والعذر
هنا هو العجز عن التسليم لعسرته والعجز
بسبب العدم لا يرتفع الا بالتمليك والامهال الى
زمان التحصيل والحصاد فاسقط التعيين لحاجة
المفاليس وعوض الاجل ليقوم القدرة على التحصيل
مقام القدرة على التسليم حقيقة بخلاف الكتابة
لان البدل فيها معقود به لا معقود عليه والشرط
ان يقدر على تسليم المعقود عليه لا به كالثمن حتى
جاز استبداله قبل القبض والتعيين فلا يجب
تعيينه حتى يقام الاجل مقام التعيين ولا
يدخله رخصة لان عدمه اصل وليس بعارض
للعذر ولان الكتابة عقد ارفاق فيصبر عليه
المولى ظاهرا ولا يضيق عليه بالمطالبة بالبدل
اذ لو اراد التضييق عليه لما كاتبه اصلا اذ
العبد وكسبه له واما السلم فعقد تجارة وهو
مبني على المماكسة والمضايقة فالظاهر انه
يطالبه به عقيب العقد وهو عاجز عن تسليمه
فيؤخر بالتاجيل ليتمكن من التحصيل ولا يكون له

عليه

عليه والا لزم ان يكون العوضان فيه يجب
تسليمهما في المجلس كغيره من البياعات ولا يمكنه
من التحصيل للمطالبة والحبس وهذا ينافي معنى
الرخصة لاجل الفقر والمسكنة وما كان شرعيته
الا نفعا لهم فانقلب ضررا عليهم ولا يقال لو كان
مشروعا لدفع حاجة المفاليس لما جاز لغير المفلس
لانا نقول الشيء في السلم لا يباع عادة الا باقل
ولا يقدم على مثله الا المحتاج فدلنا اقدامه على هذا
البيع على انه محتاج فاقيم ذلك مقام الحاجة لتعذر
الوقوف عليها كما اقيم السفر مقام المشقة
والنوم مضطجعا مقام الخروج لتعذر الوقوف
عليهما وشرط ان يكون الاجل معلوما لما
روينا ولانه اذا لم يكن معلوما يفضي الى
المنازعة قال واقله شهر اي اقل الاجل
شهر روي ذلك عن محمد لان ما دونه عاجل
والشهر وما فوقه آجل الا ترى ان المديون اذا
حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام
الشهر بر في يمينه فاذا كان ما دون الشهر
في حكم العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الآجل
وقيل ثلاثة ايام رواه الطحاوي عن اصحابنا
اعتبارا بشرط الخيار وقيل اكثر من نصف يوم لان
المعجل ما كان مقبوضا في المجلس والمؤجل ما يتاخر
قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما عادة اكثر

من نصف يوم وعن الكرخي انه ينظر الى مقدار
المسلم فيه والى عرف الناس في التاجيل في
مثله فان اجل فيه قدر ما يؤجل الناس في مثله
جاز والا فلا والاول اصح وبه يفتى قال
وقدر راس المال في المكيل والموزون والمعدود
اي شرطه بيان قدر راس المال اذا كان
العقد يتعلق على مقداره مثل المكيل والموزون
والمعدود وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا يحتاج الى بيان قدر راس المال
اذا كان معينا لانه صار معلوما بالاشارة
فلا يشترط اعلام قدره كما في الثمن والاجرة
والمذروعات والمعنى فيه ان معرفة العوض
انما يشترط احترازا عن المنازعة وجهالة قدره
بعد التعيين بالاشارة لا تفضي الى المنازعة
كجهالة القيمة فلا يشترط معرفته كما لا يشترط
معرفة القيمة ولابي حنيفة رحمه الله ان جهالة
قدر راس المال قد يفضي الى جهالة المسلم فيه
بان ينفق بعضه ثم يجد بالباقي عيبا فيرده ولا
يتفق له الاستبدال في مجلس الرد فينفسخ
العقد في المردود ويبقى في غيره ولا يدرى
قدر ما يبقى العقد بحسابه فيفضي الى جهالة
المسلم فيه فيجب التحرز عن مثله وان كان
موهوما الا ترى انه لا يجوز بكيل معين او بوزن

معين لم يعرف

معين لم يعرف مقداره لتوهم هلاكه ولانه ربما
يعجز عن تسليم المسلم فيه فيحتاج الى فسخ العقد
بعد ما انفق راس المال فيستحقانه ولا يدري
كم يرده فيفضي الى المنازعة او الى الربا فيجب التحرز
عن كل موهوم لشرعه مع المنافي اذ هو بيع المعدوم
الا ترى انه عليه الصلاة والسلام قال ارايت اذا منع
الله الثمرة بم تستحل مال اخيك بخلاف ما اذا
كان راس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه فلا
ينقسم الثمن عليه ولا يتعلق العقد به على ما بينا
من قبل فجهالته لا تؤدي الى جهالة المسلم
فيه ومن فروعه اذا اسلم في جنسين ولم
يبين راس مال لاحدهما بان اسلم مائة درهم
في كر حنطة وكر شعير ولم يبين حصة كل واحد
منهما من راس المال لانه ينقسم عليهما باعتبار
القيمة وهي تعرف بالحزر فلا يكون معلوما
او اسلم جنسين ولم يبين قدر احدهما بان اسلم
دراهم ودنانير في مقدار معلوم من البر فبين
قدر احدهما ولم يبين الآخر لان راس المال
لا يكون معلوما بمعرفة بعضه اذ لا يعلم به
ما يخصه من المسلم فيه والمراد بالمعدود هنا
ما لا يتفاوت آحاده لانه حينئذ يتعلق العقد
بقدره لا انه من المعدودات قال ومكان
الايفاء ~~ما لا يتفاوت آحاده لانه حينئذ يتعلق~~

العقد بتقدره لانه من المقدورات قال وان كان

فيما له حمل ومؤنة لا يصح ای شرط جوازه بيان

مكان ايفا المسلم فيه اذا كان له حمل ومؤنة

وهذا عند ابی حنيفة رحمه الله وقالا ليس

بشرط ويوفيه فی موضع العقد لان التسليم

موجب العقد فيتعين له موضع وجوده

كما فی البيع ولهذا وجب تسليم راس مال السلم

فی ذلك المكان فكذا البدل الآخر اذ العقد يوجب

المساواة لانه السبب الموجب للاحكام المتعلقة

به والتسليم من جملتها فيتعين له موضع وجوده

كما فی البيع ولهذا وجب تسليم راس مال السلم

فی ذلك المكان فكذا البدل الاخر اذ العقد يوجب

المساواة لانه السبب الموجب للاحكام ن

المتعلقة به والتسليم من جملتها فيتعين

له موضع وجوده كما فی البيع ولهذا وجب تسليم

راس مال السلم فی ذلك المكان فكذا البدل

الاخر اذ العقد يوجب المساواة لانه السبب

الموجب للاحكام المتعلقة به والتسليم من جملتها

فيتعين له موضع وجوده دلالة ما لم

يعينا له مكانا اخر بالنص فيتعين له ذلك المكان

لانه يفوق الدلالة بخلاف البيع حيث يبطل

باشتراط تسليم المبيع فی غير موضع العقد

لان المشتری ملك المبيع بالعقد فاشتراط

النقل

النقل على البايع شرط فاسد اذ العقد لا يقتضيه

او يكون اجارة فی بيع فيكون مفسدا للنهی

المعروف عن صفقتين فی صفقة ورب السلم لا

يملك المسلم فيه قبل التسليم فاشتراطه لا يكون

اشتراط العمل فی ملكه بل فی ملك البايع وذلك

غير مفسد ولانه لا يزاحمه مكان اخر فيتعين

ضرورة كاول اوقات الامكان فی الاوامر

المطلقة وصار كالقرض والغصب والاتلاف

ولابی حنيفة رحمه الله ان تعين مكان العقد

اما بالتعيين صريحا او ضرورة وجوب التسليم

عليه فی الحال ولم يوجد اذ السلم لا يجوز الا موجلا

فيكون التسليم متاخرا ضرورة بخلاف البيع

والاتلاف والقرض والغصب لانه واجب

التسليم فی الحال فتعين موضع وجود السبب

ضرورة ولانه لو تعين مكان العقد لما جاز

تغييره بالشرط كمكان البيع فی بيع العين

ولتعين مكان العقد فيما اذا عقدا فی لجة البحر

وفساده لا يخفى فاذا لم يتعين ولم يعينا مكانا

اخر بقی مجهولا جهالة فاحشة فيودی الی

المنازعة فيفسد كاختلاف الصفة لان قيمة

ما له حمل ومؤنة تختلف باختلاف الاماكن

كما يختلف باختلاف الصفة الا ترى ان الحطب

فی المدن اغلا منه فی القرى ولهذا قيل ان الاختلاف

ظ الصفقة

باعتبار انه يودی الی المنازعة

في مكان الايفا يوجب التحالف عنده كالاختلاف
في الصفة وقيل على عكسه لان تعيين المكان
قضية العقد عندهما حتى لا يحتاج فيه الى ذكره
فصار كالاختلاف في شرط الخيار او الاجل
وعلى هذا الاختلاف الثمن والاجرة والقسمة
اذا كان لها حمل ومؤنة وهي دين في الذمة
مؤجلة بان اشترى شيئا واستاجره بحنطة
في الذمة موصوفة او اقتسما شيئا وجعلا
لاحدهما مكيلا موصوفا في الذمة الى اجل فعنده
يشترط بيان مكان الايفا في الصحيح حتى يفسد اذا لم
يبين وعندهما لا يشترط فيسلم في مكان البيع
ومكان تسليم العين المستاجرة وفي موضع
القسمة ثم اذا عين مصرا جاز لانه مع تباين
اطرافه كبقعة واحدة في حق هذا الحكم
لان قيمته لا تختلف باختلاف المحلة من مصر
واحد ولهذا لو استاجر دابة ليحمل عليها بالمصر
فله ان يحمل عليها في اي مكان كان وكذا لو
دفع ماله الى رجل مضاربة ليعمل في المصر
فله ان يعمل في اي مكان كان وقيل هذا
اذا لم يكن المصر عظيما فان كان عظيما يبلغ بين
نواحيه فرسخا لا يجوز ما لم يبين ناحية منه
لان جهالته مفضية الى المنازعة ولو شرط ان
يوفيه في منزله جاز استحسانا والقياس ان

لا

لا يجوز لان المنزل مجهول وقد يتبدل فلا
يعلم وجه الاستحسان انه يراد به المنزل حال
حلول الاجل عادة والظاهر بقاؤه في منزله اليه
ولو شرط الحمل الى منزله قيل يجوز لانه اشتراط
الايفاء فيه وقيل لا يجوز لان الحمل لا يقتضيه
العقد وانما يقتضي الايفا وهو يتصور بدون
الحمل فيكون اشتراطه مفسدا وان شرط ان
يوفيه في موضع ثم يحمله الى منزله لا يجوز لانه
بقبله بالايفا ثم اشتراط الحمل يكون اجارة
في بيع فلا يجوز قال وما لا حمل فيه يوفيه حيث
شا وهذا على الاطلاق قول ابي حنيفة رحمه الله
سوا بينا مكان الايفا او لم يبينا لان ماليته
لا تختلف باختلاف الاماكن فلا تفيد تعيينه
فيلغو وقيل ان لم يبين فيه مكان الايفا يتعين
موضع العقد عنده وهو الاظهر من قولهما لانه
موضع الالتزام وهو رواية الجامع الصغير
والبيوع وان بين يتعين ذلك لانه قد يفيد
امن خطر الطريق فيعتبر فيما مثله ان فيما
لا حمل له ولا مؤنة كالمسك والزعفران
وما اشبههما لا يحتاج فيه الى تعيين مكان
الايفا بالاجماع وان اختلفت رواياتهم فيه
في التخريج في اي مكان يجب تسليمه على ما بينا
قال ولا يصح السلم حتى يقبض راس المال قبل ان يفارقه اي شرط

جواز السلم فقبض راس المال قبل ان يفترقا
والمراد شرط بقايه على الصحة لانه ينعقد
صحيحا ثم يبطل بالافتراق لا عن قبض وانما
يشترط قبضه قبل الافتراق لان السلم ينبئ
عن اخذ عاجل باجل وذلك بالقبض قبل
الافتراق ليكون حكمه على وفق ما يقتضيه اسمه
كما في الحوالة والكفالة والصرف ولا فرق في
ذلك بين ان يكون راس المال مما يتعين او لا
لما ذكرنا ولانه فيما لا يتعين يلزم الافتراق
عن دين بدين وهو منهي عنه ولانه لا بد
من تسليمه اليه ليتصرف فيه فيقدر على
تسليم المسلم فيه ولهذا قلنا لا يجوز اشتراط
الخيار فيه لانه يمنع تمام القبض اذ القبض
لا يتم الا اذا كان مبنيا على الملك وخيار الشرط
يمنع ثبوت الملك لانه يمنع انعقاد العقد
في حق الحكم فيمنع تمام القبض والافتراق فيه
قبل تمامه مبطل للعقد وكذا لا يثبت في المسلم
فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد لانه دين في
الذمة فكلما رده عليه بخيار الرؤية اعطاه
غيره لكونه لا يتعين فلا يفيد بخلاف خيار
العيب في راس المال وخيار الرؤية فيه حيث
يثبتان فيما اذا كان مما يتعين بالتعيين لانهما
يفيدان الفسخ بالرد ولان خيار العيب لا يمنع

تمام

راس السلم [illegible]

قوله دينا حال البيع رحمه الله حالا

تمام الصفقة بالقبض اجاز لان السبب فيه مطلق
وامتناع الحكم فيه لغير معنى في السبب بل لحق
المالك فاذا اجاز التحقت الاجازة بحالة العقد
بخلاف خيار الشرط لانه يمنع انعقاده
في حق الحكم وهو فوق الافتراق قبل القبض
فيكون مبطلا ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق
جاز اذا كان راس المال قائما عند اسقاط الخيار
والا فلا لان الاتمام معتبر بالابتداء وفيه خلاف
زفر وهو مبني على قاعدته ان العقد متى وقع
فاسدا لا يعود صحيحا عنده على ما بينا من قبل
وجملة الشروط جمعوها في قولهم اعلام راس المال
وتعجيله واعلام المسلم فيه وتاجيله وبيان
مكان الايفاء والقدرة على تحصيله ان يكون
موجودا من حين العقد الى حين المحل قال
رحمه الله **فان اسلم مائتي درهم في كر بر**
مائة دينا عليه ومائة نقدا فالسلم في الدين
باطل اي في حصة الدين لانه دين بدين وصح
في حصة النقد لوجود قبض راس المال في المجلس
بقدره ولا يشيع الفساد لانه طارئ اذ السلم
وقع صحيحا في الكل ولهذا لو نقد مائتين قبل
الافتراق صح لان الدين لا يتعين في العقد لكنه
يبطل بالافتراق قبل نقد المائة الاخرى فلا
يشيع البطلان الطارئ كما اذا باع عبدين

١٣٥

2 وبخلاف الاستحقاق لان الاستحقاق
لا يمنع تمام الصفقة القبض حتى لو اجاز
المالك النقد بعد الافتراق عن قبض صح
عن
[illegible]
طلقها عن طلق اي بعده

ويدخل تحت قوله اعلام راس المال
اعلام جنسه ونوعه وصفته وقدره
وكذا في المسلم فيه والمراد بالقدرة
على تحصيله

تملك احدهما قبل القبض بطل العقد فيه دون
الاخر لما قلنا بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد
فباعهما حيث يبطل فيهما لان البطلان فيه
مقارن فيكون في العبد بيعا بالحصة ابتداء
فلا يجوز لجهالة ثمنه او لان العقد الواحد لا يمكن
وصفه بالصحة والبطلان ولا فرق في ذلك بين
ان يضيفه اليهما كما ذكر في الكتاب او يضيف
الى مايتين مطلقا ثم يجعل المائة من راس
المال قصاصا بما في ذمته من الدين في الصحيح
لان المعنى يجمعهما وهو كون الفساد طاريا اذ الدين
لا يتعين باضافة العقد اليه الا ترى انه لو باع
عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل
البيع ولو تعين بطل بخلاف ما لو باع عينا
عينا بدين وهما يعلمان ان لا دين حيث
يبطل البيع لانه بيع بلا ثمن ولا يقال لو قال
اسلمت اليك هذه المائة والمائة التي لي على فلان
يبطل العقد في الكل وان نقد الكل لانا نقول
اشتراط تسليم الثمن على غير العاقد مفسد
للعقد وفساده مقارن للعقد فيتعدى بخلاف
ما نحن فيه على ما بينا ولو كان العين والدين
مختلفي الجنس بان كان له على اخر مائة درهم
فاسلمها اليه وعشرة دنانير عين في اكرار
معلومة لا يجوز في الكل اما حصة الدين فلما

ذكرنا

ذكرنا واما حصة العين فلجهالة ما يخصه من
المسلم فيه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وعندهما يجوز في حصة العين وهي مبنية
على اعلام قدر راس المال وقد بيناه وعن
زفر رحمه الله ان السلم في الكل باطل في الجنس
الواحد ايضا لانه لما بطل في حصة الدين وجب
ان يبطل في غيره لانه جعل القبول فيه شرطا
لصحته في الاخر فيفسد في الكل وجوابه ما بينا
ان العقد وقع صحيحا لعدم تعين الدين
ثم فساده في البعض لا يتعدى على ما تقدم
واما مثنا فيه ابن عباس رضي الله عنهما قال
ولا يصح التصرف في راس المال والمسلم فيه
قبل القبض بشركة او تولية لان المسلم فيه
مبيع بدليل ما روي انه عليه الصلاة والسلام
نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم
والتصرف في المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز
على ما عرف في موضعه وراس المال مستحق
القبض في المجلس والتصرف فيه يفوت القبض
المستحق فلا يجوز ولان راس المال له شبه
بالمبيع حتى لا يجوز تفويت القبض فيه بالتمليك
اوليا لا ابراء كالمبيع فاخذ حكمه قال فان تقايلا
السلم لم يشتر من المسلم اليه شيئا براس
المال يعني قبل قبضه بحكم الاقالة لقوله عليه

رب المال هـ

الا ترى الى قوله عليه الصلوة والسلام
لا تاخذ الا سلمك او راس مالك
فهذا يمنع التصرف فيهما قطعا حيث
لم يجوز اخذ غيرهما بدلا عنهما ففي التولية
تمليكه بعوض وفي الشركة تمليك بعضه بعوض
فلا يجوز صح

الصلاة والسلام لا تاخذ الا سلمك او راس مالك اي
الا سلمك حال قيام العقد او راس مالك حال
انفساخه فامتنع الاستبدال ولان راس المال
اخذ شبها بالمبيع لان الاقالة بيع في حق غيرهما
ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فتعين
ان يجعل راس المال مبيعا وان كان دينا في الذمة
لان كونه دينا لا ينافي ان يكون مبيعا كالمسلم
فيه قبل القبض فصار راس المال بعد الاقالة
بمنزلة المسلم فيه قبلها فياخذ حكمه من حرمة
الاستبدال بغيره ولان الاقالة لما صارت
بيعا جديدا من وجه كان حكم راس المال
فيها كحكمه في البيع الاول وهو السلم تنزيلا
للخلف منزلة (اي المسلم فيه) الاصل فيحرم استبداله بعد
الاقالة كما كان يحرم قبلها الا انه لا يجب
قبضه في المجلس بعدها كما كان يجب قبلها
لان الاقالة ليست ببيع من كل وجه ولهذا
جاز ابراوه عنه وان كان لا يجوز قبلها وقال
زفر والشافعي رحمهما الله يجوز بيعه بعد
الاقالة وهو القياس لانه لما بطل السلم بقي
راس المال دينا في ذمته فيصح الاستبدال به
كسائر الديون وجه الاستحسان ما بيناه
قال ولو اشترى المسلم اليه كرا وامر
رب السلم بقبضه قضا لم يجز وصح لو قرضا

او

او امره بقبضه له ثم لنفسه ففعل معناه
ان يكيله لنفسه بعد القبض ثانيا لانه اجتمع
هنا صفقتان صفقة بين المسلم اليه وبين
المشتري منه وصفقة بين المسلم اليه
وبين رب السلم كلاهما بشرط الكيل فلا بد من
الكيل مرتين نفيا للصفقتين ولم يوجد في
الاولى وهو ما اذا امر المسلم اليه رب السلم
بقبضه من البايع قضاء بحقه فلم يصح ووجد
في الثانية وهو ما اذا امره المسلم اليه بقبضه
له بان يكيله ثم يقبضه لنفسه بالكيل ثانيا
فلهذا جاز والاصل فيه ما روي انه عليه الصلاة
والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه
صاعان صاع البايع وصاع المشتري وحمله
على ما اذا اجتمعت الصفقتان فيه واما في صفقة
واحدة فيكتفي بالكيل فيه مرة في الصحيح فان قيل
بيع المسلم اليه مع رب السلم سابق على شراء
المسلم اليه من بايعه فلم يكن المسلم اليه بايعا
لرب السلم بعد الشرا فلا يدخل تحت النهي قلنا
السلم وان كان سابقا فقبض المسلم فيه لاحق
والمقبوض بدل عن المسلم فيه حقيقة ولان استبدال
المسلم فيه بجنسه جايز الا ترى انه لو قضاه
اجود مما شرطاه جاز ولو حرم الاستبدال
بجنسه لما جاز فكان استبدالا حقيقة وحكما فثبت

وان كان عينه حكما احترازا
عن الاستبدال فكان بيعا
حقيقة صح

انه بيع جديد بعد الشرا فوجب الكيل ثانيا
لاجله بخلاف ما اذا كان الكر قرضا فاشترى
المستقرض كرا فامر المقرض بقبضه قضا بحقه
يجوز وان لم يعد الكيل لان القرض اعارة حتى
ينعقد بلفظ الاعارة فكان المقبوض عين
حقه تقديرا فلم يكن استبدالا ولو كان استبدالا
لكان مبادلة الجنس بجنسه نسيئة فلم تتحقق
الصفقتان فيكتفى بكيل واحد المشترى فيقبض
له ثم لنفسه من غير اعادة كيل قال **ولو**
امره رب السلم ان يكيله في ظرفه ففعل وهو
غايب لم يكن قبضا بخلاف المبيع يعني لو دفع رب
السلم الى المسلم اليه ظرفا مثل الغراير مثلا تاكيد لمثل الاول
وامر المسلم اليه ان يكيل الطعام المسلم فيه
ويجعله في الظرف ففعل المسلم اليه ورب السلم
غايب لم يكن قبضا ولو كان مكان السلم مشترى
بان اشترى برا معينا ودفع المشترى الى البايع
ظرفا وامره ان يكيله ويجعله في الظرف ففعل
البايع والمشترى غايب صح وهو المراد بقوله
بخلاف المبيع والفرق ان رب السلم حقه
في الذمة ولا يملكه الا بالقبض فلم يصادف امره
ملكه فلا يصح فيكون المسلم اليه مستعيرا
للظرف فجعل فيه ملك نفسه كالداين اذا دفع
كيسا الى المديون وامره ان يزن دينه ويجعله فيه

فانه

فانه لا يصح والمشترى ملك الطعام بعقد الشراء
فيصح امره لمصادفته ملكه فيكون قابضا بجعله
في الظرف ويكون البايع وكيلا في امساك الظرف
فيكون الظرف في يد المشترى حكما فكان الواقع
فيه واقعا في يده ~~حكما فكان الواقع فيه واقعا~~
~~في يده حكما~~ ولهذا اكتفى بذلك الكيل في الصحيح
الا ترى انه لو امره بالطحن او بالقائه في البحر
ففعل يكون على الآمر في الشرا ويتقرر الثمن
عليه وفي السلم على المامور لما قلنا فان قيل
البايع لا يصلح ان يكون وكيلا للمشترى في القبض
حتى لو وكله بالقبض نصا لا يصح توكيله ولا يكون
قابضا له فكيف يتصور ان يكون وكيلا له هنا
قلنا لما صح امره لكونه مالكا له صار وكيلا
له ضرورة وكم من شيء يثبت ضمنا وان لم يثبت
قصدا ولو كان رب السلم حاضرا وكاله المسلم
اليه بحضرته وخلى بينه وبين الطعام يصير
قابضا لان التخلية تسليم ولو امره في الشرا ان
يكيله ويجعله في ظرف البايع ففعل لم يصير
قابضا لان المشترى صار مستعيرا للظرف من
البايع ولم يقبضه فلا تصح العارية لانها لا تتم بدون
القبض فلا يكون الواقع فيه واقعا في يد المشترى
فصار كما لو امره ان يجعله في ناحية من بيت
البايع ولو اجتمع الدين والعين وكان الظرف

للمشتري وامره ان يجعلها فيه فان بدا بالعين صار
قابضا للكل اما العين فلصحة الامر به واما الدين
فلانه خلطه بماله فملكه بالاتصال به كمن دفع لصائغ
فضة وامره ان يزيد عليه من عنده فضة قرضا
وكمن استقرض من رجل حنطة وامره ان يزرعه
في ارضه قبل ان يقبضه فانه يصير قابضا
له بالاتصال بملكه لانه عين ماله والخلط باذنه
بخلاف الصباغ اذا صبغ الثوب حيث لا يصير
صاحبه قابضا باتصال الصبغ بثوبه لان المعقود
عليه فيه الفعل وهو الصبغ لا العين والفعل لا
يجاوز محل الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال
ولم يتصل بالثوب فلهذا لم يصر قابضا لهما اما
الدين فلما ذكرنا واما العين فلانه لما خلطه
بملكه فقد استهلكه قبل التسليم عند ابي حنيفة
رحمه الله فينتقض البيع وهذا الخلط لم يرض به
لجواز ان يكون مراده البداية بالعين فلم ينتقض
برضاه به حتى يكون شريكا له وعند ابي يوسف
رحمه الله يصير قابضا لهما جميعا كما اذا بدا
بالعين لانه لما كال الدين اولا لم يخرج عن ملكه
ولم يصر المشتري قابضا له لما قلنا ولما كال العين
بعده وخلطه فيه صار قابضا للعين لما ذكرنا
وللدين ايضا ضرورة اتصاله بملكه فصار كما لو بدا
بالعين وقال محمد رحمه الله يصير قابضا للعين

وان بدا بالدين صار قابضا لهما م

دون

دون الدين لانه لما بدا بالدين لم يملكه المشتري
بل هو باق على ملك البائع وصار مستعيرا لظرفه
ولما كال العين بعده وخلطه به صار خالطا ملك
المشتري بملك نفسه ومستهلكا له باذنه
فيشتركان فيه ولم يبرا عن الدين لعدم القبض
بخلاف ما اذا بدا بالعين لانه صار مسلما للمشتري
بوضعه في ظرفه ثم يملك الدين باتصاله
بملكه بعده هكذا ذكره قاضي خان وذكر
صاحب الهداية ان المشتري بالخيار عندهما
ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه في المخلوط لان
الخلط ليس باستهلاك عندهما قال ولو اسلم
امة في كر وقبض الامة فتقايلا فماتت او ماتت
قبل الاقالة بقي وصح وعليه قيمتها يعني ماتت
الامة بعد الاقالة وقبل ان يقبضها رب السلم بحكم
الاقالة او ماتت قبل الاقالة ثم تقايلا بعد
موتها بقيت الاقالة على حالها ولم يبطل بموتها
في الاولى وصحت الاقالة بعد موتها في الثانية ويجب
على المسلم اليه قيمة الجارية فيهما يوم قبضها
لان شرط صحة الاقالة بقاء العقد وهو يبقى ببقاء
المعقود عليه والمعقود عليه في السلم هو المسلم
فيه وهو باق في ذمة المسلم اليه بعد هلاك الجارية
فصحت الاقالة ابتدا وكذا انتفى بعد الهلاك لان
البقا اسهل من الابتدا فاذا انفسخ العقد يجب عليه

رد الجارية وقد عجز عن ردها فيجب عليه قيمتها له
لعنيامها مقامها كما لو تقايضا عبدا بجارية ثم
تقايلا بعد هلاك احدهما فانه يصح لبقا احدهما
ويجب رد الباقي منهما ويجب على الاخر قيمة
الهالك لما قلنا قال **وعكسها شراؤهما بالف**
اى عكس مسالة السلم شرا الجارية بالف فان
الحكم فيها لو ماتت الجارية بعد الاقالة قبل القبض
بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد هلاكها ابتدا
لا يصح لان المعقود عليه فيها هي الجارية فلا تصح
الاقالة بعد هلاكها ابتدا ولا تبقى لانعدام
المحل فكانت عكس الاولى بخلاف بيع المقايضة
حيث يصح الاقالة ابتدا بعد هلاك احدهما
ولا يبطل به لان كل واحد من العوضين فيه
معقود عليه لكونه مبيعا من وجه فيبقى
العقد ببقا احدهما فحاصله ان هذا الجنس
منقسم الى اربعة اقسام احدها الاقالة في السلم
الثاني الاقالة في بيع المقايضة والثالث الاقالة
في بيع العين بالثمن وقد ذكرنا حكم الثلاثة والرابع
الاقالة في الصرف وحكمه انهما اذا تقايلا
فيه بعد هلاك احد البدلين او كلاهما او ~~الاولى كليهما~~
هلك البدلان او احدهما بعد الاقالة قبل
التراد صحت الاقالة لان المعقود عليه في الصرف
ما وجب لكل واحد منهما في ذمة الاخر وذلك غير

معين

معين فلا يتصور هلاكه والمقبوض غيره فلا يمنع
هلاكه صحة الاقالة لان المعقود عليه في الصرف
~~ما وجب لكل واحد منهما في ذمة الاخر وذلك~~
~~غير معين فلا يتصور هلاكه والمقبوض غيره~~
~~فلا يمنع هلاكه صحة الاقالة~~ وهذا لان الفسخ يرد
على ما ورد عليه العقد فلا يرد على المقبوض ولهذا
لو كان المقبوض قائما كان لهما ان يردا غيره
بعد التقايل قال رحمه الله **والقول لمدعي
الرداة والتاجيل لا لنافي الوصف والاجل**
يعني اذا اختلفا في اشتراط الوصف في المسلم
فيه بان قال احدهما شرطنا رديا وقال الاخر
لم نشترط شيئا او قال احدهما شرطنا الاجل
وقال الاخر لم نشترط شيئا كان القول قول من
يدعي اشتراط الوصف والاجل لانه يدعي
الصحة اذ السلم لا يجوز الا مؤجلا موصوفا فكان
الظاهر شاهدا له لان الفاسد حرام والظاهر
من حال المسلم ان يجتنب الحرام ويباشر المباح
ثم الاصل في جنس هذه المسايل انهما اذا اختلفا
في الصحة فان خرج كلام احدهما مخرج التعنت
كان باطلا وكان القول قول من يدعي الصحة وان
خرج مخرج الخصومة فكذلك عند ابي حنيفة رحمه
الله ان اتفقا على عقد واحد وعندهما القول
للمنكر ثم تفاصيل المسالة ان نقول لو اسلم

د راهم الى رجل فى كر حنطة فقال المسلم اليه
شرطنا رديا وقال رب السلم لم نشترط شيا ء
~~كان القول قول من يدعى اشتراط الوصف والاجل~~
~~لانه يدعى الصحة اذ السلم لا يجوز الا موجلا~~
~~موصوفا فكان الظاهر شاهدا له لان الفاسد~~
~~حرام والظاهر من حال المسلم ان يجتنب الحرام~~
~~ويباشر المباح هذا الاصل فى جنس هذه~~
~~المسايل انهما اذا اختلفا فى الصحة فان خرج~~
~~كلام احدهما مخرج التعنت كان باطلا وكان~~
~~القول قول من يدعى الصحة وان خرج مخرج~~
~~الخصومة فكذلك عند ابى حنيفة رحمه الله~~
~~ان اتفقا على عقد واحد وعندهما القول للمنكر~~
~~صورتها مسيل المسالة ان تقول لو اسلم دراهم~~
~~الى رجل فى كر حنطة فقال المسلم اليه شرطنا~~
~~رديا وقال رب السلم لم يشترط شيا كان القول~~
قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت فى انكاره
الصحة اذ الظاهر ان المسلم فيه مع رداءته
يزيد على راس المال وكلام المتعنت مردود
وفى عكسه بان ادعى رب السلم شرط الردى
وانكر المسلم اليه الشرط اصلا كان القول لرب
السلم عند ابى حنيفة رحمه الله لانه يدعى الصحة
وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر ولو قال
المسلم اليه لم يكن له اجل وقال رب السلم كان له

اجل

اجل كان القول لرب السلم عندهم لان المسلم
اليه متعنت فى انكاره ما ينفعه وهو الاجل
وهو حق له فكان باطلا فان قيل المسلم اليه
ليس بمتعنت لانه يدعى فساد العقد وفيه نفعه
لانه لا يلزمه المسلم فيه بسبب فساد العقد
بل يجب عليه رد راس المال وهو اقل من المسلم فيه
عادة فوجب ان يكون القول له لانكاره
قلنا الفساد بسبب عدم الاجل مختلف فيه
بين العلما فلم يتيقن بالفساد فلا يعتبر النفع فى
سقوط المسلم فيه عنه بخلاف عدم الوصف
عندهما لان الفساد فيه قطعى فيعتبر انكار
المسلم اليه لانه ليس بمتعنت لان فيه نفعه بسقوط
المسلم فيه عنه ورد راس المال بخلاف انكار
رب السلم فيه لانه متعنت حيث ينكر وجوب
حقه وهو المسلم فيه لانه يزيد على راس المال
عادة واذا جعلنا القول لرب السلم ثم يحكم فى
مقدار الاجل اليه ايضا وفى عكسه بان ادعى
المسلم اليه الاجل وانكره رب السلم فالقول
للمسلم اليه عند ابى حنيفة رحمه الله وعندهما القول
لرب السلم لانه ينكر حقا عليه وهو الاجل فكان
القول له وان انكر الصحة كرب المال يقول
للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة
دراهم وقال المضارب شرطت لى نصف الربح

ولم تتزود كان القول لرب المال وان كان
فيه فساد العقد لانه منكر لاستحقاقه
الربح عليه ولابي حنيفة رحمه الله انهما
اتفقا على عقد السلم وانما قصدهما على العقد
اتفاق على شرائطه لان شرط الشيء يتبع
له وثبوته بثبوت الاصل فانكاره الاجل
بعد ذلك رجوع منه عما اقر به فلا يقبل
كالمتناكحين اذا ادعى احدهما النكاح بغير
شهود والاخر بشهود كان القول لمن يدعي
النكاح بشهود بخلاف المضاربة لانهما
لم يتفقا على عقد واحد لان المضاربة
اذا صحت تكون شركة في الربح واذا فسدت
تكون اجارة ولين سلمنا انهما اتفقا على
عقد واحد فالمضاربة غير لازمة لان كل
واحد منهما يتمكن من فسخه بعد العقد
فيرتفع باختلافهما فاذا ارتفع بالانكار
بقي مجرد دعوى المضارب في مال رب المال
فكان القول للمنكر وهو رب المال وبخلاف
ما اذا قال الزوج لامراته تزوجتك وانت
صغيرة وقالت تزوجتني وانا بالغة فان
القول قوله وان كان فيه فساد لانه لم
يقر بالعقد بل انكره حيث اسنده الى حالة
منافية للصحة لعدم الاهلية قال رح

السلم

وطيب وقع

السلم والاستصناع في عرفنا اما السلم فلانه يمكن
ضبط صفته ومعرفة قدره فوجب القول
بجوازه اذا اجتمعت فيه شرائطه على ما بينا
من قبل واما الاستصناع فللاجماع الثابت
بالتعامل من لدن النبي صلى الله عليه وسلم
الى يومنا هذا وهو من اقوى الحجج وقد
استصنع رسول الله صلى الله عليه وسلم
خاتما ومنبرا وقال عليه الصلاة والسلام
ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن
وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز
لانه بيع المعدوم وهو منهي عنه ولكن
ترك العمل به بما ذكرنا والقياس يترك
بمثله كدخول الحمام والاحتجام باجر وطلب
شربة ماء من السقاء بفلس كل ذلك جائز للتعامل
وان كان القياس يأباه للجهالة لانه لا يعرف
كم قدر ما يقعد في الحمام وكم قدر ما يستعمل
او يشرب من الماء وكم قدر ما يخرج من الدم
اذ لا يعتبر القياس بمقابلة الاجماع او النص
وقد قال عليه الصلاة والسلام لا تجتمع
امتي على الضلالة ولا يشكل هذا على قول
ابي حنيفة رحمه الله في المزارعة فان التعامل
فيه موجود ومع هذا لم ياخذ به واخذ بالقياس
لان الخلاف فيها كان موجودا في الصدر الاول

ولم يجز التعامل فيهما من غير نكير بخلاف ما
نحن فيه شرا لما يجوز اذا جرى فيه تعامل
وما لا تعامل فيه لا يجوز الاستصناع فيه
ويكون سلما اذا اجتمعت فيه شرائطه
ثم في الصحيح ان الاستصناع يجوز بيعا
وقال الحاكم الشهيد انه وعد وليس ببيع
وانما ينعقد بيعا اذا اتى به مفروغا للتعاطي
وهذا يثبت فيه الخيار لكل واحد منهما وجه
قول الجمهور ان محمدا رحمه الله سماه شرا وذكر
فيه القياس والاستحسان وفصل بين ما فيه
تعامل وما لا تعامل فيه واثبت فيه خيار الروية
ولو قبض الثمن ملكه والمواعدة تجوز قياسا
واستحسانا فيما فيه تعامل وما لا تعامل فيه
ولا يثبت فيه خيار الروية ولا يملك به البدل
في الحال فبطل ما قاله والمعدوم قد يعتبر موجودا
حكما للحاجة كطهارة المستحاضة وعكسه الما
المستحق للعطش وقد تحققت الحاجة هنا
اذ كل واحد لا يجد خفا مصنوعا يوافق رجله
ولا خاتما يوافق اصبعه وقد يجوز بيع المعدوم
للحاجة امثله بيع المنافع والمعقود عليه هو
العين دون العمل عند الجمهور وقال ابو سعيد
البردعي المعقود عليه هو العمل لان الاستصناع
استفعال من الصنع وهو العمل فتسمية العقد

به دليل على انه هو المعقود عليه والاديم فيه
بمنزلة الالة للعمل ولهذا يبطل بموت احدهما
والاول اصح ولهذا لا يشترط ان يعمله بعد
العقد حتى لو جاء به لا من صنعته او من صنعته
قبل العقد فاخذه جاز وكذا لو عمل بعده وباع
الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز ولو كان
المعقود عليه العمل لما جاز هذا كله وكذا محمد
رحمه الله قال اذا جاء به مفروغا فللمستصنع
الخيار لانه اشترى ما لم يره سماه شرا واثبت
فيه خيار الروية وهو لا يثبت الا في العين
وانما يبطل بموت احدهما لان للاستصناع
شبها بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع
فلشبهه بالاجارة قلنا يبطل بموت احدهما
ولشبهه بالبيع وهو المقصود اجرينا فيه ما
ذكرنا من احكام البيع فجمعنا بينهما على التعاقب
لتعذر جمعهما في حالة واحدة كما قلنا في الهبة
بشرط العوض هبة ابتداء بيع انتهاء والمعنى
فيه ان المستصنع طلب منه العين والعمل
فاعتبرناهما جميعا توفيرا على الامرين حظهما
فان قيل اذا اعتبر تم فيه معنى الاجارة ومعنى
البيع وجب ان يجبر كل واحد منهما على المضي
ولا يخير قلنا الاجارة تفسخ بالاعذار وهذا
عذر لان الصانع يلزمه الضرر بقطع الصرم

وقيل ينعقد اجارة ابتداء وبيعا
انتهاء قبل التسليم لان البيع لا يبطل
بموت احدهما بل يستوفي من تركته
والاجارة لا يثبت فيها ما ذكرنا
من احكام البيع قم

فباعتباره كان للصانع فسخه وكذا البيع يثبت
فيه خيار الرؤية فباعتباره يكون للمستصنع
الفسخ لانه اشترى ما لم يره على من قال بالتخيير
ولان الجواز للضرورة فيظهر في حقه ولا ضرورة
في حق اللزوم فلا يظهر في حقه قال وله
الخيار اذا رآه اي للمستصنع الخيار اذا رأى
المصنوع لانه اشترى ما لم يره بخلاف السلم
لانه لا فائدة في اثبات الخيار فيه لانه كلما
رده عليه اعطاه غيره لكونه غير متعين
اذ المسلم فيه دين في الذمة فيبقى فيها حتى
يقبضه ومما يفيد الفسخ لانه يتعين بالاحضار
ولا خيار للصانع لانه باع ما لم يره وعن ابي
حنيفة رحمه الله ان له الخيار ايضا لانه يلحقه
الضرر بقطع الصرم وعن ابي يوسف رحمه الله انه
لا خيار لواحد منهما اما الصانع فلما ذكرنا واما
المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرارا
بالصانع لربما لا يرغب فيه غيره والصحيح ان
للمستصنع الخيار دون الصانع لانه المشتري
لما لم يره والصانع بايع قال وللصانع بيعه
قبل ان يراه لانه لا يتعين الا باختيار المستصنع
وقبل ان يراه كان له ان يبيعه لعدم تعينه
واذا رآه ورضي به ليس له ان يبيعه لانه
بالاحضار اسقط خياره ولزم من جانبه

فاذا

فاذا رضي به المستصنع ثبت اللزوم في حقه
ايضا قال ومؤجله سلم اي اذا اجل المستصنع
صار سلما وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان ضرب
الاجل فيما فيه تعامل فهو استصناع وان ضرب
فيما لا تعامل فيه كالثياب ونحوه لا يجوز اجماعا
فتعين حمله على السلم تحريا للجواز واما ما فيه
تعامل كالخف ونحوه فيحتمل الوجهين لكن لفظ
الاستصناع حقيقة فيه فكان محافظة تصحيحا
اولى ويحمل الاجل على الاستعجال لانه يحتمل ان
يكون ذكره للتعجيل ويحتمل ان يكون للاستمهال
ولفظ الاستصناع محكم فيه فيحمل المحتمل
عليه ولان الاستصناع عقد جايز غير لازم
فبذكر الاجل لا يكون لازما كعقد الشركة والمضاربة
ولان الاجل للترفيه وتاخير المطالبة فلا يخرج به
العقد من جنس الى جنس آخر ولو كان الاستصناع
بذكر الاجل يكون سلما لكان السلم بدون ذكر
الاجل استصناعا ولانه لو كان بذكر الاجل سلما
لكان فاسدا لانه شرط فيه عمل واحد ولانه
مفسد للسلم كاشتراط طعام قرية بعينها
ونحوه بخلاف ما لا تعامل فيه لانه لو لم يحمل على
السلم لفسد الا ترى انه يفسد اذا لم يضرب له
اجل فحملناه عليه ما امكن ما ذكرنا ولابي حنيفة

رحمه الله انه يحتمل السلم فكان حمله عليه اولى
وهذا لان جوازهما على خلاف القياس للحاجة
لكن جواز السلم ثبت بالكتاب والسنة المشهورة
واجماع الامة فيما فيه تعامل وما لا تعامل
فيه وجواز الاستصناع ثبت بتعامل الناس
والسنة العربية في بعض الاشيا فكان حمله على
السلم اولى فيما احتمله لكونه اقرب الى الجواز
ولهذا احمل عليه فيما لا تعامل فيه اذا ضرب له
اجل لكونه اتى بحكم السلم وصرح به فكان
هو المقصود والترجيح بالمقصود اولى من الترجيح
باعتبار اللفظ الا ترى ان الحوالة بشرط ان
لا يبرأ الاصيل كفالة وكفالة بشرط براءة الاصيل
حوالة وكذا الوباع المنافع كان اجارة ولان ضرب
الاجل لتاخير المطالبة وذلك باللزوم واللزوم
في السلم دون الاستصناع وذكر الصفة
لبيان الوصف فيه لا للتعيين ولهذا الوجه
وهو من عمل غيره جاز ويجبر على القبول فيما لا
تعامل فيه ولا يلزم من كونه سلما بذكر الاجل
ان يكون السلم استصناعا بحذفه الا ترى
ان النكاح بذكر الاجل يكون متعة ولا تكون المتعة
بحذف الاجل نكاحا ثم المراد بالاجل ما يصلح
ان يكون اجلا في السلم وقد بينا قدره من قبل
وان لم يصلح فهو استصناع ان جرى فيه

التعامل

التعامل وان لا فقاسد وهذا اذا ذكر الاجل على سبيل
الاستمهال وان ذكر على وجه الاستعجال بان قال
على ان يفرغ عنه غدا او بعد غد يكون استصناعا
لانه للفراغ لا للتاخير المطالبة وقيل ان ذكر
ادنى مدة يتمكن فيها من العمل فهو استصناع وان
كان اكثر من ذلك فهو سلم وتختلف ذلك باختلاف
العمل فلا يمكن تقديره بشي وعن الهندواني ان
ذكر الاجل ان كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال
فلا يصير سلما وان كان من قبل الصانع فهو للاستمهال
فيكون سلما ثم فائدة كونه سلما ان يشترط فيه
شرايط السلم من قبض راس المال قبل الافتراق
وعدم خيار الفسخ لهما الى غير ذلك من احكامه
على ما بينا والله اعلم بالصواب باب
المتفرقات قال صح بيع الكلب وعن ابي
يوسف رحمه الله انه لا يصح بيع الكلب العقور
لانه لا ينتفع به فصار كالهوام المؤذية وقال
الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الكلب اصلا لنهيه
عليه الصلاة والسلام عن بيع الكلب وقال
عليه الصلاة والسلام ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب
وثمن الكلب ولانه نجس العين فصار كالخنزير ولنا
ما روي عن ابن عباس انه عليه الصلاة والسلام
نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية او كلب غنم
وعن ابن عمر رضي الله عنهما انه عليه الصلاة والسلا

فقضى في كلب باربعين درهما ولانه مال متقوم
آلة الاصطياد فيجوز بيعه كالبازي الا ترى
ان الشرع اباح الانتفاع به حراسة واصطيادا
فكذا بيعا ولانه يجوز تمليكه بغير عوض
كالهبة والوصية فكذا بعوض بخلاف الخنزير
لانه نجس العين كالميتة الا ترى انه لا يجوز
الانتفاع به شرعا والكلب ليس بنجس العين
وبخلاف الهوام المؤذية لانها لا ينتفع بها وما
رواه الشافعي رحمه الله محمول على ابتداء الاسلام
حين كان عليه الصلاة والسلام يامر بقتل
الكلاب لانه روي عن ابراهيم انه قال
روي عليه السلام رخص في ثمن كلب الصيد
فلفظ الرخصة يدل على الانتساخ ولا فرق
في ذلك بين جميع انواع الكلاب المعلم وغير
المعلم وشرط شمس الائمة لجواز بيع الكلب
ان يكون معلما او قابلا للتعليم قال
واللهد والسباع والطيور لانها حيوان يجوز
الانتفاع بها شرعا وتقبل التعليم عادة فجاز
بيعها والحرف ان كل منتفع به شرعا في الحال
او في المآل وله قيمة نحو الجحش والطفل جائز
بيعه والافلا ولهذا لا يجوز بيع حبة قمح
ونقطة ماء وكف من تراب لانها لا ينتفع بها
اذ لا قيمة لها والفيل يجوز بيعه لانه منتفع به

حملا

حملا وركوبا وفي بيع القرود روايتان عن ابي
حنيفة رحمه الله في رواية الحسن عنه انه
يجوز لانه يمكن الانتفاع بجلده وفي رواية ابي
يوسف رحمه الله انه لا يجوز لانه للتلهي
وهو محظور والصحيح الاول والهر يجوز بيعه
لانه منتفع به وكل ذي ناب من السباع وذي
مخلب من الطيور يجوز بيعه لما ذكرنا الا الخنزير
فانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به فكذا
لا يجوز بيعه قال **والذمي كالمسلم في بيع
غير الخمر والخنزير** لقوله عليه الصلاة والسلام
فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين ولانهم مكلفون
محتاجون الى ما تبقى به انفسهم ليتحملوا
اعباء التكاليف كالمسلمين فيشرع في حقهم
الاسباب ليتمكنوا من تحملها بمباشرة
الاسباب لتحصيل ما تبقى به الانفس حتى
لا يبقى لهم عذر في تضييع حقوق الله تعالى
فكل ما جاز للمسلمين من البياعات كالصرف
والسلم وغيرهما من انواع التصرفات جاز
لهم وما لا يجوز من الربا وغيره لا يجوز لهم الا
في الخمر والخنزير فان عقدهم فيهما كعقد المسلم
على العصير والشاة فيجوز فيهما ما جاز فيهما من
السلم وغيره وما لا يجوز لا يجوز لانهما اموال
نفيسة عندهم متحققان بنظيرهما من اموالنا

وفي عبارة وما يدينون والمعنى واحد

وهذا لانا امرنا بان نتركهم وما يعتقدون
وما بذلوا الجزية الا لذلك وهذا قال عمر
رضي الله عنه في الخمر ولوهم بيعها وخذوا العشر
من اثمانها والصحابة متوافرون ولم يعرف
له مخالف فصار اجماعا قال ولو قال بع
عبدك من زيد بالف على اني ضامن لك مائة
سوى الالف فباع صح بالف وبطل الضمان وان
زاد من الثمن فالالف على زيد والمائة على الضامن
يعني متى زاد بهذه الكلمة بان قال بع عبدك من
زيد بالف على اني ضامن لك مائة من الثمن سوى
الالف فانه يصح ويكون الالف على المشتري
والمائة على الضامن وقال زفر والشافعي
رحمهما الله لا تصح الزيادة ولا يلزمه وهذا
مبني على شيئين احدهما ان الزيادة تصح
وتلتحق باصل العقد عندنا وعندهما لا تصح
وقد بينا وجه المذهبين من قبل والثاني
ان اصل الثمن لم يشرع بغير مال يقابله حتى لا يصح
اشتراطه على غير المشتري اذ لا يستفيد
بازائه ما لا يقابله وفضل الثمن يستغني عن مال
يقابله حقيقة الا ترى ان الزيادة تجوز من
المشتري وان لم يسلم له بمقابلتها شيء فكذا يجوز
من الاجنبي اذ لم يسلم له شيء فصار نظير بدل
الخلع فانه يجوز اشتراطه على الاجنبي كما يجوز

اشتراطه

اشتراطه على المرأة اذ لا يسلم لهما شيء بمقابلة البدل
لان البضع لا يتقوم حالة الخروج فاستويا فيه
فكذا ههنا لكن من شرط صحة الزيادة ان توجد
المقابلة تسمية وصورة حتى يجب حسب وجوب
الثمن بواسطة المقابلة صورة وان لم يقابله
حقيقة الا ترى انه لو باع شيئا باضعاف
قيمته يجوز وان لم يقابل ما زاد على قيمته
مال حقيقة وانما يقابله صورة وتسمية
فاذا كان من شرطها المقابلة صورة فان قال
من الثمن فقد وجد شرطها فيصح وان لم يقل
لم يوجد فلا يصح لانه يكون التزاما للمال
ابتداء وهو رشوة لان يبيعه وهو حرام فلا يصح
فصار الاصل ان كل ما يحصل فيه للاصيل مقابلة
شيء من البدل لا يجوز اشتراط البدل على الاجنبي
وان لم يحصل يجوز لاستوائهما في عدم الحصول
فاذا جازت الزيادة من الاجنبي لا يرجع بها
على المشتري ولا يظهر في حق البايع وفي حق الشفيع
والمرابحة حتى اذا اخذ البايع الالف من المشتري
لا يحبس المبيع لاجل المائة ويرابح على الالف لانه
قام عليه به ويأخذ الشفيع بالالف لان الزيادة
لم تثبت في حقه وان كانت من المشتري لعدم
ولايتهما عليه ولو تقايلا البيع فللاجنبي ان يسترد
الزيادة ~~لم تثبت في حقه وان كانت من المشتري~~

لعدمه ولا بينهما علمية ولو تقايلا البيع فللاجنبي
ان يسترد الزيادة لانها من الثمن وفي قياس
قول ابي يوسف لا يسترد لان الاقالة عنده
بيع جديد وكذا لو رده بعيب بغير قضاء وان كان
بقضاء يسترد لكونه فسخا بالاجماع ولو ضمن
الزيادة بامر المشتري ظهرت في حق الكل حتى
يرجع الضامن بها على المشتري ويراجع عليها
وعلى الالف ولا يطالب المشتري بالزيادة وان
كان بامره لانه لما نفذت من جهته صار هو
وكيلا فيها فترجع اليه الحقوق او لانه لم
يلتزمها وانما التزمها الاجنبي فيطالب بها
هو وحده وهذا كالوكيل بالشرا يطالب هو فقط
ثم هو يرجع به على الموكل فكذا هذا ولو رده بعيب
او تقايلا يرد الزيادة على الضامن فقط لانه
اخذها منه دون المشتري وذكر في الكافي
ان الشفيع ياخذها بالالف ومائة فجعلها ظاهرة
في حقه ايضا ولا يتاتى هذا اشكل فان الزيادة
اذا كانت من المشتري بنفسه لم يظهر في حق
الشفيع حتى كان له اخذها باصل الثمن من
غير زيادة فكيف يجب عليه الزيادة بزيادة
الاجنبي والمشتري لم يلتزمها على ما بينا لانا
نقول هذه زيادة ذكرت في العقد فصارت
من جملة الثمن بخلاف الزيادة بعد العقد

اصل

ولولم

الذي هو الالف ولا تثبت الزيادة
لانه تعذر جعله زيادة على الالف حيث
لم يقل سوى الالف ويمكن ان يجعل
من الثمن صح

ولو لم يقل سوى الالف بان قال بعه بالف على
اني ضامن لك مائة من الثمن يصير كفيلا بمائة
من الثمن الواجب على المشتري فجعل منه ثم اذا
ادى رجع عليه ان كان بامره والا فلا
وقد عرف في موضعه فصار في الحاصل
للمسالة ثلاث صور احدها ان يقول بعه
بالف على اني ضامن لك مائة سوى الالف
والثالثة ان يترك قوله من الثمن والثانية
ان يترك قوله سوى الالف والثالثة ان يترك
قوله من الثمن وقد ذكرنا الثلاثة وحكمها فانهم
وهذا كله فيما اذا كانت الزيادة في العقد
واما اذا زاد الاجنبي بعد العقد فانه لا يجوز
الا باجازة المشتري او يعطي الزيادة من عنده
او يضمنها او يضيفها الى نفسه وان زاده بامر
المشتري جاز ولا يلزمه شيء والمال لازم للمشتري
لانه سفير فيه ومعبر فلا يلزمه الا بالضمان
وهو نظير الخلع والصلح وانما صار سفيرا لانه
لا يخلو عن اضافته الى المشتري بان يقول زدتك
على ثمن العين التي اشتراها منك فلان ولا
يمكن اضافته اليه كالخلع فلا يكون مباشرا وان
كان بامره بل رسولا قال ووطي زوج المشتراة
قبض لا عقده يعني لو اشترى امة وزوجها
المشتري قبل القبض صح النكاح لوجود الملك

او ان غير الانفساخ

في الرقبة على الكمال بخلاف البيع لانه يبطل بالغرر ويشترط فيه القدرة على التسليم بخلاف النكاح الا ترى ان تزويج الآبق يجوز دون بيعه ثم اذا جاز النكاح فان وطئها كان قبضا لها لان الوطي من الزوج حصل بتسليط المشتري فصار منسوبا اليه كانه فعله بنفسه وان لم يطاها لا يكون قبضا استحسانا والقياس ان يكون قابضا بنفس التزويج لانه تعييب حكمي الا ترى انه لو وجد المشتراة مزوجة يردها بالعيب فصار كالتدبير والاعتاق وكالوطي وجه الاستحسان انه لم يتصل بها من المشتري فعل يوجب نقصا في الذات وانما هو عيب من طريق الحكم على معنى ان رغبات الناس تقل فيها فينتقص الثمن لاجله فصار كنقصان السعر بخلاف الوطي لانه فعل حسي اتصل بها واوجب نقصانا في ذاتها لان منافع البضع تلحق بالجزء ولهذا يضمن بالاتلاف فصار كما لو اتلف عضوا منها بالقطع الا ترى انه لو اقر المشتري بدين على العبد المشترى قبل القبض لا يكون قبضا وان تعيب من جهته بوجوب الدين عليه حكما وهذا امثلة بخلاف التدبير والاعتاق لان المالية قد تلفت به بثبوت حقيقة الحرية او حقه ومن ضرورته يصير قابضا قال

ومن اشترى عبدا فغاب فبرهن البايع على بيعه

او الزوج

ظ

وبخلاف التدبير

وغيبته

وغيبته معروفة لم يبع بدين البايع والا بيع بدينه اي اذا اشترى شخص عبدا فغاب المشتري قبل القبض واقام البايع البينة ان هذا العبد كان له وباعه من فلان وغاب قبل ان ينقد الثمن وطلب من القاضي ان يبيعه بدينه فان غاب المشتري غيبة معروفة لم يبعه القاضي بدينه لانه يتوصل الى حقه بدون بيعه بالذهاب اليه فلا حاجة الى بيعه لان فيه ابطال لحق المشتري في العين وان لم يدر اين هو اجابه القاضي في المنقول ان اقام بينة لان البينة هنا ليست للقضاء على غايب والماهي لنفي التهمة وانكشاف الحال لان القاضي نصب ناظرا لكل من عجز عن النظر ونظرهما في بيعه لان البايع يصل به الى حقه ويبرا من ضمانه والمشتري ايضا تبرا ذمته من دينه ومن تراكم نفقته فاذا انكشف الحال على القاضي عمل بموجب اقراره فلا يحتاج فيه الى خصم حاضر وانما يحتاج اليه اذا كانت البينة للقضاء وهذا لان العبد في يده وقد اقر به للغايب على وجه يكون مشغولا بحقه فيظهر الملك للغايب على الوجه الذي اقر به ولا يقدر البايع ان يصل الى حقه فيبيعه القاضي احياء لحقه كالراهن اذا مات والمشتري اذا مات مفلسا قبل القبض وهو غير

نظر المتعاقدين

لان هذا البيع من القاضي اقرار لا قضاء

بخلاف ما اذا غاب المشتري بعد القبض حيث لا يجيبه الحاكم لان حقه غير متعلق به ولا يقال هذا بيع قبل القبض صح

جايز فكيف يباع لانا نقول من مشايخنا من قال
ان القاضي يوكل من يقبضه ثم يبيعه وفيه
نظر لما فيه من ابطال يد البايع قبل ايفاء الثمن
والاوجه ان يقال ان البيع هنا ليس بمقصود
وانما المقصود احيا حقه وفي ضمنه يصح بيعه
لان الشي قد يصح ضمنا وان لم يصح قصدا ثم اذا بيع
واوفي ثمنه فان فضل شي من ثمنه يمسك للمشتري
الغايب لانه بدل ملكه وان لم يف بالدين وبقي
شي منه يتبعه البايع اذا ظفر به قال **ولو غاب**
احد المشتريين فللحاضر دفع كل الثمن وقبضه
وحبسه حتى ينقد شريكه يعني اذا اشترى
رجلان شيا فغاب احدهما قبل القبض يكون
للحاضر دفع كل الثمن وقبضه كله ثم اذا حضر
شريكه فله ان يحبسه عنه حتى ينقده وهذا
قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو
يوسف اذا نقد الحاضر الثمن لا ياخذ الا نصيبه
بطريق المهاياة وكان متبرعا فيما ادى عن
صاحبه فصار الخلاف في مواضع احدها في قبض
جميع المبيع على تقدير ايفاء الثمن كله والثاني
في حبس نصيب الغايب عنه اذا حضر والثالث
في الرجوع عليه بما ادى والرابع في اجبار البايع
على قبول ما اداه الحاضر من نصيب الغايب
عندهما جبر وعنده لا يجبر لابي يوسف ان الحاضر

والخامس في اجبار البايع على تسليم نصيب الغايب من المبيع الى الحاضر عندهما الثمن كله فقط يجبر وعنده لا يجبر صح صح

قضا

قضا دينا على الغايب بغير امره فكان متبرعا فيه
ولا جبر ولا رجوع في التبرعات وهو اجنبي
عن نصيبه فلا يقبضه ولهذا لو كان حاضرا
يكون متبرعا بالاجماع ولو كان مضطرا لما
اختلف بين حضرته وغيبته كالوكيل بالشراء
وكمعير الرهن وصاحب العلو في قضا الدين
وبنا السفل ولهما ان الحاضر مضطر الى ادا كل
الثمن لان للبايع حق حبس كل المبيع الى ان يستوفي
كل الثمن فلا يكون متبرعا مع الاضطرار الى قضا
نصيب شريكه ليصل الى الانتفاع بنصيبه فصار
كمعير الرهن وصاحب العلو ~~في قضا الدين وبنا~~
~~السفل ولهما ان الحاضر مضطر الى ادا كل الثمن لان~~
~~للبايع حق حبس وصاحب العلو~~ والوكيل بالشراء
اذا ادى الثمن من ماله وانما اختلف بين حضرته
وغيبته لانه كالوكيل عن صاحبه من وجه من حيث
ان ملك الغايب يثبت بقبول الحاضر لان من باع
شيا من شخصين لا يثبت الملك لكل واحد منهما الا
بقبول الاخر وليس بوكيل من وجه من حيث ان
كل واحد منهما لا يطالب بما يخص صاحبه من الثمن
فاشبه الاجنبي والاصل ان الشي متى تردد بين
شيين يوفر عليه حظهما فلشبهه بالاجنبي يكون
متبرعا عند حضوره ولشبهه بالوكيل يكون
مضطرا عند غيبته وهذا اولى من العكس لانه

في حالة الحضرة يمكنه ان يخاصمه الى الحكام فلا يكون
مضطرا وفي حالة غيبته لا يمكنه فجعله مضطرا
فيرجع بالثمن وعيب المبيع به كالوكيل بخلاف
ما استشهد به من الوكيل وغيره لانه مضطر
محض وليس بمتردد بين شيئين فلا يختلف حكمه
قال ومن باع امة بالف مثقال ذهب وفضة
فهما نصفان لانه اضاف المثقال اليهما على السواء
فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم
الاولوية فيصير كانه قال بعتك بخمسمائة مثقال
ذهب وخمسمائة مثقال فضة بخلاف ما اذا اشترى
جارية بالف من الذهب والفضة حيث يجب من
الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم لانه اضاف
الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود من كل واحد
منهما وعلى هذا لو قال لفلان علي كر حنطة وشعير
وسمسم يجب عليه من كل جنس ثلث الكر وهذا
قاعدة في المعاملات كلها كالمهر والوصية والوديعة
والغصب والاجارة وبدل الخلع وغيره من الموزون
والمكيل والمعدود والمذروع قال وان قضى زيف
عن جيد وتلف فهو قضا يعني اذا كان له على اخر
دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فهلكت
او انفقها ثم علم بالعيب فهو قضا فلا يكون له
غير ذلك وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف رحمه الله يرد مثل زيوفه

ويرجع

وقف لله تعالى

ويرجع بالجياد لان حق صاحب الدين مرعي من
حيث الوصف كما يراعى حقه من حيث القدر
الا انه يتعذر عليه الرجوع بمجرد الجودة لانها
وصف لا قيمة لها بانفرادها ولا قيمة لها اذا
قوبلت بجنسها فتعين رد مثل المقبوض والرجوع
بالجياد ولهما ان المقبوض من جنس حقه حتى
لو تجوز به في الصرف والسلم جاز ولو لم يكن
من جنس حقه لما جاز لكونه استبدالا اذ هو
حرام في الصرف والسلم فاذا كان من جنس
حقه استوفاه فلم يبق له الا الجودة وهي لا قيمة لها
عند المقابلة بالجنس ولا يمكن تداركها بايجاب الضمان
عليه لان القضا عليه بالضمان حقا له ممتنع ولان
الجودة تبع فلا ينتقض المتبوع في الاصل لاجله
كيلا ينعكس فيكون الاصل تبعا والتبع اصلا
بخلاف الراهن اذا اتلف الرهن او المولى اذا اتلف
ملك عبده المأذون المديون حيث يجب عليهما
الضمان وان كان المضمون ملكا لهما لان الضمان
هناك لاجل حق الغير وهو المرتهن والغرما
فلم يكن الايجاب عليه لحقه قال رحمه الله
وان افرخ طير او باض او تكنس ظبي في ارض رجل
فهو لمن اخذه لانه مباح سبقت يده اليه فكان
اولى به لقوله عليه الصلاة والسلام الصيد لمن
اخذه والبيض صيد ولهذا يجب على المحرم

قوله فلم يبق له الا الجودة ... الشرط لان ... الجواب ... هذه العبارة ... في الهداية ... العبارة ... [illegible]

الجزاء كسره وشبهه قال الله تعالى ليبلونكم الله بشيء
من الصيد تناله ايديكم ورماحكم اي
البيض والفرخ وهذا اذا لم يكن ارضه مهيئة
لذلك وان كانت مهياة للاصطياد فهو له
لان الحكم لا يضاف الى السبب الصالح الا
بالقصد الا ترى ان من نصب شبكة للجفاف
فتعقل بها صيد او حفر بيرا للما فوقع فيه
صيد لا يملكه ولا يجب عليه الجزا ان كان محرما
وان قصد به الاصطياد ملكه ووجب عليه
الجزا ان كان محرما وعلى هذا التفصيل لو دخل
صيد داره او وقع ما نثر من الدراهم
في ثيابه بخلاف معسل النحل في ارضه حيث
يملكه وان لم تكن ارضه معدة لذلك لانه من
انزال الارض حتى يملكه تبعا لها كالاشجار
النابتة والتراب المجتمع فيها بجريان الما وان لم
تكن معدة ولهذا يجب في العسل العشر اذا
اخذ من ارض العشر قال ما يبطل بالشرط
الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط البيع والقسمة
والاجارة والرجعة والصلح عن مال والابراء
عن الدين وعزل الوكيل والاعتكاف والمزارعة
والمعاملة والاقرار والوقف والتحكيم والاصل
ان كل ما كان مبادلة مال بمال يبطل بالشروط
الفاسدة لما روى انه عليه الصلاة والسلام

نهي

نهي عن بيع وشرط وما كان مبادلة مال بغير
مال او كان من التبرعات لا يبطل بالشروط
الفاسدة هي زيادة ما لا يقتضيه العقد
ولا يلايمه فيكون فيه فضل خال عن العوض
وهو الربا بعينه ولا يتصور ذلك في المعاوضات
غير المالية كالنكاح والطلاق على مال والخلع
ونحو ذلك ولا في التبرعات فيبطل الشرط
ويصح تصرفه فيه الا ترى انه عليه الصلاة
والسلام اجاز العمرى وابطل الشرط واصل
آخر ان التعليق بالشرط المحض لا يجوز في التمليكات
لانه من باب القمار وانه منهي عنه وما هو
من باب الاسقاط المحض الذي يحلف به
يجوز تعليقه مطلقا وذلك مثل الطلاق
والعتاق وما هو من باب الاطلاقات والولايات
يجوز تعليقه بالشرط الملايم وكذا التحريضات
قال عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا
فله سلبه وامر رسول الله صلى الله عليه
وسلم زيد بن حارثة في غزوة فقال ان قتل
زيد فجعفر وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة
فاذا عرفنا هذا جينا الى ما ذكر في الكتاب
فنقول البيع معاوضة مال بمال فيفسد بالشروط
الفاسدة لما روينا ولا يجوز تعليقه بالشرط
مطلقا ان كان الشرط بكلمة ان بان قال بعت

الفاسدة لان الشروط الفاسدة من باب الربا وهو يختص بالمعاوضة المالية دون غيرها من المعاوضات والتبرعات لان الربا هو الفضل الخالي عن العوض وحقيقة الشروط صح صح

من القضاء والسلطنة

مثلك ان كان كذا ويبطل البيع به سواء كان الشرط
نافعا او ضارا الا في صورة واحدة وهو ان
يقول بعت منك هذا ان رضي فلان به
فانه يجوز اذا وقته بثلاثة ايام لانه
اشتراط الخيار للاجنبي وهو جايز على ما بينا
من قبل وان كان الشرط بكلمة على فان كان
الشرط مما يقتضيه العقد او يلايمه او فيه
اثر او جرى التعامل به كما اذا شرط تسليم
المبيع او الثمن او التاجيل او الخيار لا يفسد
البيع ويجوز الشرط وكذا اذا اشترى النعل
على ان يحذوها البايع وان كان الشرط لا يقتضيه
العقد ولا يلايمه ولا العادة جرت به فان كان
في الشرط منفعة لاهل الاستحقاق تفسد والا فلا
وقد بيناه من قبل والقسمة والاجارة تمليك
اما الاجارة فظاهر لانها تمليك المنفعة
والاجرة والقسمة فيها معنى المبادلة فصارا
كالبيع والرجعة استدامة الملك فيكون معتبرا
بابتدائه فلا يجوز تعليقه بالشرط كما لا يجوز تعليق
ابتداء الملك به والصلح عن مال بمال
معاوضة مال بمال على ما نذكر في الصلح ان
شاء الله تعالى فيكون بيعا والابراء من الدين
تمليك من وجه حتى يرتد بالرد وان كان فيه
معنى الاسقاط فيكون معتبرا بالتمليكات فلا

يجوز

يجوز تعليقه بالشرط وعزل الوكيل والاعتكاف
ليسا مما يحلف به فلا يجوز تعليقهما بالشرط
والمعاملة وهي المساقاة والمزارعة اجارة
لان من يجيزهما لم يجزهما الا على اعتبار الاجارة
فيكونان معاوضة مال بمال فيفسدان
بالشروط الفاسدة ولا يجوز تعليقهما بالشرط
لما ذكرنا والاقرار والوقف ليسا مما يحلف به
فلا يجوز تعليقهما بالشرط وهذا لان الاقرار
اخبار متردد بين الصدق والكذب فان
كان كذبا لا يكون صدقا بفوات الشرط
ولا بالعكس وانما التعليق في الايجابات
ليتبين انه ليس بايقاع قبل وجود الشرط
بخلاف ما اذا علق الاقرار بموته او بمجيء الوقت
فانه يجوز ويحمل على انه فعل ذلك للاحتراز عن
الجحود او دعوى الاجل فيلزمه للحال على ما نبينه
في موضعه ان شاء الله تعالى والتحكيم لا يصح
معلقا بالخطر ولا مضافا الى زمان بان قالا للحكمان
اذا اهل الشهر او قالا لعبد او كافر اذا اعتقت
او اسلمت فاحكم بيننا وهذا عند ابي يوسف
رحمه الله وقال محمد رحمه الله يجوز تعليقه
بشرط واضافته الى زمان لانه ليس فيه
الا تفويض وتولية فصار كالوكالة والامارة
والقضاء ولابي يوسف رحمه الله ان التحكيم

تولية صورة وصلح معنى اذ لا يصار اليه الا حترا منهما لقطع الخصومة بينهما فباعتبار انه صلح لا يصح تعليقه ولا اضافته وباعتبار انه تولية يصح فلا يصح بالشك والاحتمال

قال وما لا يبطل بالشرط الفاسد القرض والهبة والصدقة والطلاق والنكاح والخلع والعتق والرهن والايصا والوصية والشركة والمضاربة والقضا والامارة والكفالة واحوالة والوكالة والاقالة والكتابة واذن العبد في التجارة ودعوة الولد والصلح عن دم العمد والجراحة وعقد الذمة وتعليق الرد بالعيب او بخيار الرؤية وعزل القاضي هذه كلها لا تبطل بالشروط الفاسدة لما ذكرنا ان الشروط الفاسدة من باب الربا وانه يختص بالمبادلة المالية وهذه العقود ليست بمعاوضة مالية فلا تؤثر فيها الشروط الفاسدة الا ترى انه عليه الصلاة والسلام اجاز العمرى وابطل شرط المعمر وكذا ابطل شرط الولا لغير المعتق بقوله صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها ابتاعي فاعتقي فانما الولا لمن اعتق قاله لها حين اراد موالي بريرة ان يكون الولا لهم بعد ما اعتقها لكن الكتابة انما لا تفسد بالشرط المفسد

اذا

اذا كان الشرط داخلا في صلب العقد بان كان في نفس البدل كالكتابة على خمر ونحوها فانها تفسد به وانما كانت كذلك لان الكتابة تشبه البيع من حيث ان العبد مال في حق المولى وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه فعملنا بالشبهين فلشبهها بالبيع تفسد اذا كان الفساد في صلب العقد ولشبهها بالنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة الصلح عن جناية العمد والوديعة والعارية اذا ضمنها رجل وشرط فيها حوالة وكفالة ذكره في النهاية في اخر كتاب الهبة ثم الشيخ رحمه الله ذكر هنا ما يبطل بالشروط الفاسدة وما لا يبطل بها وما لا يصح تعليقه بالشرط ولم يذكر هنا ما يجوز تعليقه بالشرط ولا ما يجوز اضافته الى الزمان ولا ما لا يجوز اضافته اليه ونحن نذكر ذلك بتوفيق الله تعالى تكملة لما ذكره من الاقسام وتتميما للفائدة في موضعه وانما تركه الشيخ هنا لانه ذكر بعضها في اخر كتاب الاجارة فنقول اما الاول وهو ما يجوز تعليقه بالشرط فهو مختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق وبالالتزامات التي يحلف بها كالحج والصلاة او التوليات كالقضاء والامارة

غير داخل في صلب العقد بان كاتبه على ان لا يخرج من البلد او على ان لا يعامل فلانا او على ان يعمل في نوع من التجارة فان الكتابة على هذا الشرط تصح ويبطل الشرط فله ان يخرج من البلد ويعمل ما شاء من انواع التجارة مع اي شخص شاء واما اذا كان الشرط صح ع

بالشرط الزائد ومن هذا القسم اعني من القسم الذي لا يبطل ع

على ما بينا اما الثاني وهو ما يجوز اضافته الى ما
يستقبل من الزمان فاربعة عشر الاجارة وفسخها
والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة
والكفالة والكتابة والايصا والقضا والامارة
والطلاق والوقف لان الاجارة تتضمن تمليك المنافع
وهي لا يتصور وجودها في الحال فتكون مضافة ضرورة
وهو معنى قول اصحابنا الاجارة تنعقد ساعة
فساعة على حسب حدوثها على ما يجي بيانه في موضعه
ان شا الله تعالى وفسخ الاجارة معتبر بالاجارة
فيجوز ايضا الا ترى ان فسخ البيع وهو
الاقالة معتبرة حتى لا يجوز تعليقه بالشرط
ولا اضافته الى الزمان كالبيع والمزارعة
والمعاملة اجارة الا ترى ان من يجيزهما
لا يجيزهما الا بطريقها ويراعي فيهما شرايطها
والمضاربة والوكالة في باب الاطلاقات
ومن جملة الاسقاطات لان تصرف الوكيل قبل
التوكيل في مال الموكل كان موقوفا حقا للمالك
فهو بالتوكيل اسقط ذلك فيكون اسقاطا فيقبل
التعليق والكفالة من باب الالتزامات فيجوز
اضافتها الى الزمان وتعليقها بالشرط الملايم
على ما نبينه في الكفالة بخلاف الوكالة حيث يجوز
تعليقها بالشرط المتعارف مطلقا لما ذكرنا انه
والايصا بالمال او باقامة شخص مقام نفسه

في

في التصرف لا يكون الا مضافا لان حقيقتها تمليك
بعد الموت او توكيل بعد الموت فيجوز تعليقهما
واضافتهما اما الايصا الى شخص فلانه توكيل
وقد بينا انه يجوز تعليقه بالشرط واما
الوصية بالمال فلان لفظها ينبي عن التمليك
بعد الموت اذ لا يتصور ان يكون في الحال الا مجازا
والقضا والامارة تولية وتفويض محض فجاز
اضافته وتعليقه بالشرط واما الثالث وهو
ما لا يصح اضافته الى الزمان فتسعة البيع
واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة
والنكاح والرجعة والصلح عن مال والابرا عن
الدين لان هذه الاشيا تمليكات فلا يجوز اضافتها
الى الزمان كما لا يجوز تعليقها بالشرط لما فيه من
معنى القمار والله اعلم كتاب
الصرف قال رحمه الله هو بيع بعض كالذهب والفضة
اذا بيع احدهما بالاخر بالاخر او بجنسه هذا
في الشرع وفي اللغة له تفسيران احدهما النقل قاله
الخليل ومنه سمي التطوع من العبادات صرفا لانه
زيادة على الفرايض قال عليه الصلاة والسلام من انتمى
الى غير ابيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا اي نفلا
ولا فرضا وسمي هذا البيع به لانه لا ينتفع بعينه
ولا يطلب منه الا الزيادة والثاني النقل في بدليه
من يد الى يد قبل الافتراق قال رحمه الله

فعشرة ٤
كذا بخط الشيخ القرشي

والرد قال الله تعالى ثم انصرفوا صرف الله
قلوبهم وسمي به على هذا الاعتبار
للحاجة الى النقل صح

شرط التماثل والتقابض وان اختلفا جودة وصياغة
ولا شرط التقابض يعني اذا بيع جنس الاثمان
بجنسه كالذهب بالذهب او الفضة بالفضة
يشترط فيه التساوي والتقابض قبل الافتراق
ولا يجوز التفاضل فيه وان اختلفا في الجودة
والصياغة وان لم يكونا من جنس واحد
بان باع الذهب بالفضة يشترط التقابض
فيه ولا يشترط التساوي لحديث عبادة
ابن الصامت انه عليه الصلاة والسلام
قال الذهب بالذهب والفضة بالفضة
الى ان قال مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد
فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا
كيف شئتم اذا كان يدا بيد رواه مسلم
واحمد وغيرهما وقال عمر رضي الله عنه
الذهب بالذهب مثل بمثل والورق بالورق
مثل بمثل الى ان قال وان استنظرك ان يدخل
بيته فلا تنظره ولانه لابد من قبض احدهما
قبل الافتراق كيلا يكون افتراقا عن دين
بدين ولابد من قبض الاخر لعدم الاولوية
او تحقيقا للمساواة بينهما لان النقد خير من
النسيئة لانها على عرض التوى دونه ولا
فرق في ذلك بين ان يكونا مما يتعين بالتعيين
كالمصوغ والتبر او لا يتعينان كالمضروب او يتعين

احدهما

احدهما دون الاخر لاطلاق ما روينا ولانه ان
كان مما يتعين بالتعيين ففيه شبهة عدم
التعيين لكونه من جنس الاثمان خلقة ثم
اختلفوا في القبض هل هو شرط صحة العقد
او شرط البقاء على الصحة فقيل هو شرط الصحة
فعلى هذا ينبغي ان يشترط القبض مقرونا بالعقد
الا ان حالتهما قبل الافتراق جعلت كحالة
العقد تيسيرا فاذا وجد القبض فيه
يجعل كانه وجد حالة العقد فيصح وقيل
هو شرط البقاء على الصحة فلا يحتاج الى هذا
التقدير والشرط ان يقبضا قبل الافتراق
بالابدان حتى لو ناما او اغمي عليهما في المجلس
ثم تقابضا قبل الافتراق صح بخلاف خيار
المخيرة لانه يبطل بالاعراض او بما يدل
عليه قال فلو باع الذهب بالفضة مجازفة
صح ان تقابضا في المجلس لان المستحق هو
القبض قبل الافتراق دون التسوية لما روينا
فلا يضره المجازفة وان افترقا قبل قبضهما او قبل
قبض احدهما بطل لفوات الشرط وهو القبض
ولهذا لا يصح فيه شرط الخيار والاجل لان الخيار
يمنع استحقاق القبض ما دام الخيار باقيا لان
استحقاقه مبني على الملك والخيار يمنعه وبالاجل
يفوت القبض المستحق بالعقد شرعا الا اذا اسقط

الخيار او الاجل في المجلس فيعود صحيحا لزوال
المفسد قبل تقرره ولو باع الفضة او الذهب
بجنسه مجازفة ثم علما تساويهما قبل
الافتراق صح وبعده لا يصح وقال زفر رحمه الله
يصح لان التساوي حق الشرع وقد وجد حالة
العقد قلنا التسوية شرط واجب علينا
نجب تحصيله بفعلنا اما وجوده في علم الله تعالى
لا يصلح شرطا للجواز لان الاحكام تنبني على
فعل العباد تحقيقا لمعنى الابتلا قال ولا يجوز
التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه فان باع دينارا
بدراهم واشترى بها ثوبا فسد بيع الثوب
لان في تجويزه فوت القبض المستحق بالعقد ولا
يقال ينبغي ان يجوز العقد في الثوب كما نقل عن
زفر رحمه الله اذ النقود لا تتعين في العقود
والفسوخ دينا كانت او عينا الا ترى انه لو اسلم
دينا على المسلم اليه جاز السلم حتى اذا اسلم
اليه رب السلم قدر الدين قبل الافتراق تم
السلم ولو تعين لما صح لكونه كالئا بكالئ لانا
نقول هو كذلك لا يتعين لكن المانع اشتراط تسليم
الثمن على غير العاقد لان تعيين الدين يكون اشتراطا
على من عليه الدين بان يوفيه وهو شرط مفسد
كما اذا اشترى شيئا على ان يكون الثمن على غيره الا ترى
انه لو كان له دين على شخص فاشترى به شيئا من

غير



غير من عليه الدين لا يجوز لهذا المعنى او نقول
كل واحد من بدلي الصرف مبيع فلا يجوز التصرف
فيه قبل قبضه هذا اذا لم يكن متعينا بالتعيين
كالمضروب واما اذا كان مما يتعين كالمصوغ
والتبر فانه لا يجوز بالاتفاق لانه يكون
بيع المبيع قبل القبض وهو لا يجوز على ما بينا
من قبل قال ولو باع امة مع طوق قيمة كل
الف بالفين ونقد من الثمن الفا فهو ثمن الطوق
وان اشتراها بالفين الف نقد والف نسيئة فالالف
ثمن الطوق يعني لو باع امة في عنقها طوق فضة
وزنه الف مثقال مع الطوق وقيمتها الف بالفي
مثقال ونقد منه الفا كان المنقود ثمن الطوق
وان اشتراها بالف نسيئة والف حالة كان
الحال ثمن الطوق وفي عبارة الشيخ تسامح فانه
قال قيمة كل الف اي قيمة كل واحد من الجارية
والطوق الف درهم ولا يعتبر في الطوق القيمة
وانما يعتبر القدر عند المقابلة بجنسه وكذا لا
يحتاج فيه الى بيان قيمة الجارية لان قدر
الطوق صار مقابلا للطوق والباقي بالجارية
قلت قيمتها او كثرت [illegible] للجواز فلا فائدة في بيان
قيمتها ولا في بيان قيمة الطوق الا اذا قدر
الثمن خلاف جنس الطوق بان كان فضة
والثمن ذهبا او بالعكس فحينئذ يفيد بيان

فيهما لان الثمن ينقسم عليهما على قدر قيمتهما
وكذا المراد في قوله ثمن الالف ثمن الطوق اي
الالف الحال ثمن الطوق وانما كان كذلك لان
حصة الطوق يجب قبضه في المجلس لكونه
بدل الصرف والظاهر منهما الاتيان بالواجب
لان دينهما وعقلهما يمنعهما من مباشرة
ما لا يجوز شرعا فيصرف التاجر الى الجارية
والمقبوض والحال الى الطوق لاحسان الظن
بالمسلم ولو كان كل الثمن مؤجلا فسد البيع في
الجميع عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يفسد
في الطوق دون الجارية لان القبض ليس بشرط
في صحتها فيتقدر الفساد بقدر المفسد على
ما بينا ولابي حنيفة رحمه الله ان الفساد مقارن
فيتعدى الى الجميع كما لو جمع بين عبد وحر
في البيع بخلاف الفساد في المسألة الاولى فانه
طارئ فلا يتعدى الى غيره كما اذا اشترى عبدين
فهلك احدهما قبل القبض او استحق بعده
قال وان باع سيفا حليته خمسون بمائة
ونقد خمسين فهو حصتها وان لم يبين او قال
من ثمنهما يكون المنقود حصة الحلية
وان لم يبين انه حصتها او قال خذ هذا من
ثمنهما اما اذا لم يبين فلما ذكرنا ان امرهما
محمول على الصلاح واما اذا قال خذ هذا من

ثمنهما

١٥٦

ثمنهما فلان التثنية قد يراد بها الواحد منهما
قال الله تعالى نسيا حوتهما والناسي احدهما
وقال تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان
والمراد احدهما وقال عليه الصلاة والسلام
اذا سافرتما فاذّنا واقيما والمراد احدهما
فيحمل عليه لظاهر حالهما بالاسلام ولهذا قال
لامرأتيه اذا حضتما حيضة او ولدتما ولدا
فانتما طالقان فولدت او حاضت احداهما
طلقتا لانه يراد به احداهما لاستحالة
اجتماعهما في ولد واحد او حيضة واحدة بخلاف
ما اذا قال ان حضتما او ولدتما فانتما طالقتان
حيث يعتبر وجوده منهما للامكان وعلى هذا
لو قال خذ هذا نصفه من ثمن الحلية ونصفه
من ثمن السيف لا يبطل ايضا ويجعل المقبوض من
ثمن الحلية ~~ونصفه من ثمن السيف~~ لانه لو قال
بان الكل ثمن السيف يكون المقبوض ثمن الحلية
لان السيف مع الحلية شيء واحد فيجعل المنقود
عوضا منه ولان مراده ان يسلم له كل
الثمن ولا يسلم له الا بهذا الطريق قال
ولو افترقا بلا قبض صح في السيف دونها
ان تخلص بلا ضرر والا بطلا يعني بطل
العقد فيهما لان حصة الصرف يجب قبضه قبل
الافتراق واذا لم يقبض حتى افترقا بطل فيه لفقد

شرطه وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا
بضرر يتعذر تسليمه بدون الضرر فصار كبيع
جذع من سقف وان كان يتخلص بدونه جاز
للقدرة على التسليم فصار نظير بيع الجارية
مع الطوق وذكر في النهاية معزيا الى المبسوط
فقال لو قال خذ هذه الخمسين من ثمن السيف
خاصة وقال الاخر نعم او قال لا وتفرقا
على ذلك انتقض البيع في الحلية لان الترجيح
بالاستحقاق عند المساواة في العقد والاضافة
ولا مساواة بعد تصريح الدافع فيكون المدفوع
ثمن السيف خاصة والقول في ذلك قوله لانه
هو المملك فيكون اعرف بجهته قال الراجي الى رحمة
عفو ربه ينبغي ان تكون هذه كالمسالة المتقدمة
من انه ينصرف الى الحلية على ما بينا ومن
انه على التفصيل المتقدم يعني ان كانت
الحلية تتخلص بغير ضرر صح في السيف خاصة
والا فيبطل في الكل وفي المحيط لو قال هذا من ثمن
النصل خاصة ينظر ان لم يمكن التمييز الا بضرر
يكون المنقود ثمن الصرف ويصحان جميعا
لانه قصد صحة البيع ولا صحة له الا بصرف
المنقود الى الصرف فحكمنا بجوازه تصحيحا للبيع
وان امكن تمييزها بغير ضرر بطل الصرف
لانه صرح بفساد الصرف وقصد جواز البيع

ويجوز

ويجوز البيع بدون جواز الصرف فعلى هذا ما
ذكر في المبسوط محمول على ما اذا كانت الحلية
تتخلص من غير ضرر توفيقا بينه وبين ما ذكر
في المحيط هذا اذا علم ان الفضة التي هي الثمن
اكثر مما في الطوق والحلية وان علم انها مثله
او اقل لا يجوز للربا وان كان مجهولا لا يجوز
وقال زفر رحمه الله يجوز لان الاصل هو
الجواز والمفسد هو الفضل الخالي عن العوض فما لم
يعلم يكون العقد محكوما بجوازه وجه الاول
ان العلم بالمساواة عند العقد شرط لصحة
البيع وهذا لانه يتصور ان يكون اقل منه
او مثله او اكثر فحينئذ الفساد من وجهين
فترجحت من وجهين بالكثرة والحرمة قال **ولو
باع انا فضة وقبض بعض ثمنه وافترقا صح فيما قبض
والانا مشترك بينهما** يعني اذا باعه بفضة او
ذهب لانه صرف وهو يبطل بالافتراق قبل القبض
فيتقدر الفساد بقدر ما لم يقبض ولا يشيع لانه
طارئ ولا يكون هذا تفريق الصفقة ايضا لان
التفريق من جهة الشرع باشتراط القبض
لا من العاقد ولا يثبت للمشتري خيار العيب
ايضا بالشركة لان الشركة حصلت من جهته
وهو عدم النقد قبل الافتراق بخلاف ما اذا هلك
احد العبدين قبل القبض حيث يثبت الخيار

في حق الباقي لانه لم يوجد منه المنع وبخلاف
ما اذا استحق بعضه لانا على ما يجي قال وان
استحق بعض الاناء اخذ المشتري ما بقي بقسطه
او رد لان الشركة في الاناء عيب لان التشقيص
يضره وهذا العيب كان موجودا عند البيع
مقارنا له بخلاف المسالة الاولى وهي ما اذا
اشترى الفضة وافترقا وقد بقي عليه بعض
الثمن حيث لا يرد لان التفريط جا من جهة
المشتري على ما بينا قال ولو باع قطعة
نقرة فاستحق بعضها اخذ ما بقي بقسطه
بلا خيار لان الشركة فيها ليست بعيب اذ التشقيص
لا يضرها بخلاف الاناء لكن ان استحق قبل
القبض بعضه يثبت له الخيار لتفرق الصفقة
عليه كما اذا اشترى عبدين فاستحق احدهما
قبل القبض او هلك يثبت له الخيار لتفرق
الصفقة عليه ~~كما اذا اشترى~~ قبل التمام لامن
قبله بخلاف ما اذا استحق بعد القبض لان
الصفقة قد تمت بالقبض قال ومن باع
درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز وكر
وشعير بكريه لان بيعهما بكر بر وكري شعير
وانما جاز لانه يجعل كل جنس مقابلا بخلاف
جنسه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا
يجوز هذا العقد اصلا لان مقابلة الجملة

بالجملة

بالجملة تقتضي الانقسام على الشيوع لا على
التعيين فقي حمله على خلاف الجنس تغيير
له فلا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف
لان تغيير التصرف لا يجوز لتصحيح التصرف
قصارا كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا
بعشرة ثم باعهما مرابحة بخمسة وعشرين لا يصح
وان امكن تصحيحه بصرف كل الربح الى الثوب
وكذا لو اشترى عبدا بالف ثم باعه قبل
نقد الثمن من البايع مع عبد اخر بالف وخمسماية
لا يصح في المشترى بالف لانه اشترى ما باع
باقل مما باع وان امكن تصحيحه بصرف الالف
الى المشترى وكذا لو جمع بين عبده وعبد
غيره وقال بعتك احدهما لا يصح للتنكير
وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا لو
باع درهما وثوبا بدرهم وثوب ثم تفرقا قبل القبض
المجلس بطل العقد في الدرهمين لانه صرف
فيهما وان امكن تصحيحه بصرف كل درهم من
جانب الى الثوب من الجانب الاخر ولنا ان في
صرف الجنس الى خلافه تصحيح العقد والى جنسه
فساده ولا معارضة بين الفاسد والصحيح
لان الصحيح مشروع باصله ووصفه والفاسد
مشروع باصله دون وصفه ولان العقد
يقتضي مطلق المقابلة من غير ان يقتضي بقيد

لامقابلة الكل بالكل بطريق الشيوع ولامقابلة
الفرد من جنسه ولامن خلاف جنسه لما عرف
ان المطلق غير متعرض للتقييد ولكن مع هذا
عند الوجود لايوجد الا مقيدا لتعذر وجود
ذات بدون صفة وان كان اللفظ غير متعرض
للصفة بل للذات فقط على ما عرف في موضعه
فيحمل على القيد المصحح عند تعذر العمل بالاطلاق
الا ترى انه لو قال عند المقابلة على ان
يكون الجنس بخلاف الجنس صح ولو كان منافيا
له لما صح فكان حمله على المقيد المصحح اولى
من حمله على المقيد المفسد وهو مقابلة الكل
بالكل شايعا طلبا للصحة الا ترى ان الكلام
اصله ان يكون مستعملا في حقيقته ثم اذا
تعذرت الحقيقة حمل على المجاز الممكن اذا
كان لايصح الا بالحمل عليه ولئن كان تغييرا فهو
تغيير للوصف لا تغيير لاصل المقابلة اذ هي
موجودة لان اصل المقابلة فيه افادة الملك
في الكل بمقابلة الكل وذلك لم يتغير والدليل على
انه يحمل عليه عند التعذر طلبا للصحة انه
لو باع الجنس بالجنس بان باع دينارين
بدينارين مثلا فقبض كل منهما دينارا ثم
افترقا صح البيع في المقبوض كله ولو كان كما قالاه
لما صح الا في نصف كل واحد من المقبوضين

لان

لان مقابلة الشيوع تقتضي ان يكون نصفه
مقابلا بالمقبوض ونصفه بغير المقبوض فتبطل
حصة غير المقبوض وكذا لو باع درهما بدرهمين
يبطل العقد لان الدرهم يقابل الدرهم
والدرهم الاخر يبقى فضلا فلذلك لم
يجز فصار كما لو باع نصف عبد مشترك
بينه وبين غيره فانه ينصرف الى نصيبه
تصحيحا للعقد وكذا لو باع عبدا بالف درهم
وفي البلد نقود مختلفة فانه ينصرف الى المتعارف
لما قلنا بخلاف مسالة المرابحة فانه يصير
تولية في القلب بصرف كل الربح الى الثوب
والتولية تضاد المرابحة فكان ابطالا له
اصلا وفي الثانية طريق التصحيح غير متعين
لانه كما يمكن تصحيحه بصرف الالف الى العبد
المشترى يمكن تصحيحه ايضا بصرف الالف
وما يتي اليه او الالف ومايتين الى غير ذلك من
الصور وفي هذا نظر فان الطرق متعددة
في مسالة الكتاب ايضا فانه يجوز ان يصرف
الدينار الى الدينار والدرهم الى الدرهم
والدينار الى الدرهم كما يجوز ان يصرف
الدرهمين الى الدينارين والدرهم الى الدينار
وجوابه انه اقل تغييرا فكان اولى والثالثة
اضيف البيع الى المنكر فلا ينصرف الى المعين

للفساد بينهما اذ المنكر ليس بمحل للبيع وفي الرابعة
يقع العقد صحيحا سوا كان الجنس متقابلا
بالجنس او بخلافه والفساد بعد الصحة عارض
بالفراق لامن قبض اذ القبض شرط البقا على
الصحة وصرف الجنس الى خلافه شرط التصحيح
العقد ابتدا وهو صحيح بدونه فلا حاجة
الى الصرف الى الجنس لان الفساد بعده موهوم
لاحتمال عدم التقابض وفي الابتدا متحقق
فلابد من الصرف الى الجنس لينعقد صحيحا
ثم الاصل في هذا الباب ان احد البدلين
يجب قسمته على الجملة لا الاخر ويظهر فايدته
في الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق
ووجوب الشفعة فيما يجب فيه الشفعة
ثم ان كان العقد مما لا ربا فيه فان كان
لا يتفاوت احاده فالقسمة على الاجزا وان
كان يتفاوت فالقسمة على القيمة وان كان
مما فيه الربا يجب قسمته على الوجه الذي
يصح فيه العقد لا غيره قال رحمه الله واحد
عشر درهما بعشرة دراهم ودينار يعني يجوز
فتكون العشرة بمثلها والدينار بالدرهم تصحيحا
للعقد على ما بينا قال ودرهم صحيح ودرهمين
غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة يعني يجوز
بيعه لانها جنس واحد فيعتبر التساوي في القدر

الصواب الاخلاف الجنس

دون

دون الوصف والغلة هي الدراهم المقطعة وقيل
هو ما يرده بيت المال ويأخذه التجار والتالي
ان تكون هي المقطعة قال رحمه الله ودينار
بعشرة عليه او بعشرة مطلقة ودفع الدينار
وتقاصا العشرة بالعشرة اي يجوز ذلك ومعناه
ان يكون لرجل على اخر عشرة دراهم دين فباعه
الذي عليه العشرة دينارا بالعشرة التي عليه او
بعشرة مطلقة ودفع الدينار اليه ثم تقاصا
العشرة بالعشرة فكلاهما جايز اما اذا قابل
الدينار بالعشرة التي عليه ابتدا فلانه جعل
ثمنه دراهم لا يجب قبضها ولا تعيينها بالقبض وذلك
جايز اجماعا لان تعيين احد العوضين
بالقبض في الصرف للاحتراز عن الدين بالدين
وتعيين الاخر للاحتراز عن الربا ولا ربا في دين
يسقط وانما الربا في دين يقع الخطر في عاقبته
بان يتوى عليه ويسلم المقبوض عن التوى
وهو ان السالم يبقين ازيد من الذي
على خطر التوى فيتحقق الفضل الاشترك
انهما لو تصارفا دراهم دينا بدنانير دينا
يصح لفوات الخطر لكون كل واحد منهما ثابتا قبل البيع
ويسقط بالبيع واما اذا باعه بعشرة مطلقة
ثم تقاصا فالمذكور هنا استحسان والقياس
ان لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله لانه يكون

استبدالا ببدل الصرف لان الذى وجب بالصرف
غير الدين الذى كان عليه وهذا لانه وجب
بالصرف دين يجب تعيينه بالقبض احترازا عن
الربا والدين الذى كان عليه لا يجب قبضه
فكانا غيرين الا ترى ان المقاصة لا تقع
بنفس العقد لعدم المجانسة فيكون التقاص
بعد ذلك استبدالا ببدل الصرف لانه
اخذ ما فى ذمته بدل ما وجب له عليه من ثمن
الدينار فلا يجوز ولهذا لا يجوز فى راس مال
السلم وجه الاستحسان انهما لما تقاصا تضمن
انفساخ الاول وانعقاد صرف اخر غير الاول
مضافا الى العشرة الدين اذ لولا ذلك لكان
استبدالا ببدل الصرف فتثبت الاضافة
اقتضا كما لو تبايعا بالف ثم جدداه بالف وخمسمائة
فان البيع الاول ينفسخ ضرورة ثبوت الثانى
اقتضا فكذا هذا ولا فرق فى ذلك بين ان يكون
الدين موجودا قبل عقد الصرف او حصل بعده
وقيل لا يجوز التقاص بدين حادث بعد الصرف
لانه يكون تقاصا بدين سيجب والاول هو
الاصح لان التقاص هو الذى يتضمن الفسخ للصرف
الاول وانشا صرف اخر فيكتفى بوجود الدين عنده
لانه يكون عقدا جديدا من ذلك الوقت من
غير استناد الى ما قبله فلا حاجة الى سبق وجوبه

بخلاف

بخلاف راس مال السلم لا يجوز جعله قصاصا
بدين اخر مطلقا متقدما كان او متاخرا لان
المسلم فيه دين ولو صحت المقاصة براس المال
يصير افتراقا عن دين بدين وهو منهى عنه
ولان جواز السلم مخالف للقياس رخصة
وهو اخذ عاجل باجل للضرورة فاذا لم يقبض
شيا فلا ضرورة فلا يجوز ولهذا لا يجوز اضافته
الى الدين ابتداء بان يجعل الدين الذى على المسلم
اليه راس مال السلم بخلاف الصرف قال
رحمه الله وغالب الفضة والذهب فضة
وذهب حتى لا يصح بيع الخالصة بها ولا بيع
بعضها ببعض الا متساويا وزنا ولا يصح الاستقراض
بها الا وزنا لانهما لا يخلوان عن قليل غش اذ
هما لا ينطبعان عادة بدونه وقد يكون
الغش فيهما خلقة فيعسر التمييز بين المخلوط
والخلقى فيلحق القليل من الغش بالرداءة
والردى والجيد منهما سواء عند المقابلة
بالجنس فيجعل الغش الذى فيهما معدوما
حتى لا يكون له اعتبار اصلا بخلاف ما اذا كان
الغش هو الغالب عليهما حيث تعتبر الفضة
والذهب اللذان فيه على ما نذكر من الفرق
من قريب ان شاء الله تعالى قال رحمه الله
وغالب الغش ليس فى حكم الدراهم والدنانير

لان العبرة للغالب في الشرع والله اعلم
بالصواب قال فصح بيعها بجنسها متفاضلا
اي بالمغشوش مثلها عددا او وزنا لان الغش
من كل واحد منهما مقابل بالفضة او الذهب
الذي في الاخر فلا يعتبر التفاضل فيهما لاختلاف
الجنس ويشترط التقابض قبل الافتراق
لانه صرف في البعض لوجود الفضة او
الذهب من الجانبين ويشترط في الغش ايضا
لانه لا يتميز الا بضرر بخلاف بيع درهم
وثوب بدرهم وثوب حيث لا يشترط القبض
الا في الدرهمين وكذا اذا بيعت بالفضة
الخالصة او الذهب الخالص لا بد ان يكون
الخالص اكثر من الفضة او الذهب الذي في
المغشوش حتى يكون قدره بمثله والزايد
بالغش على مثال بيع الزيتون بالزيت
والجارية وطوقها بالفضة فاعتبر الفضة
او الذهب فجعل كان كله فضة او ذهب ومنع
بيعه متفاضلا والفرق بينهما ان الفضة
المغلوبة او الذهب المغلوب موجود حقيقة
حالا من حيث اللون ومآلا بالاذابة فان
الفضة والذهب يتخلصان منه بالاذابة
فكانا موجودين حقيقة وحكما حتى يعتبر
ها نية من الفضة والذهب من النصاب

المغلوب بالغش منها فلا يجوز بيعه
بجنسه الا على طريق الاعتبار ولم يعتبر
الغش المغلوب بالفضة او الذهب
صح

في

في الزكاة ايضا بخلاف الغش المغلوب
بهما لانه يحترق ويهلك ولا لون له في الحال
ايضا فلا يمكن اعتباره اصلا حتى لو عرف
ان الفضة او الذهب الذي في الغش الغالب
يحترق ولا يخرج منه شي كان حكمه كحكم
النحاس الخالص حتى لا يكون للفضة او الذهب
الذي فيه اعتبار اصلا ولا يجوز بيعه
بجنسه متفاضلا ان كان موزونا للربا ومشايخنا
رحمهم الله لم يفتوا بجواز التفاضل في الغطارفة
والعدالي وان كان الغالب فيهما الغش لانها
اعز الاموال في ديارهم في ذلك الزمان
فلو ابيح التفاضل فيها لانفتح باب الربا
قال والتبايع والاستقراض بما يروج
عددا او وزنا او بهما لان المعتبر فيما لا نص
فيه العادة وهذا لانها لما كان الغالب
فيها الغش صارت كالفلوس او كالعدد فيعتبر فيها
عادات الناس كما يعتبر في الفلوس العادة
في المعاملة بها حتى اذا كانت تروج بالوزن
فبالوزن وان كانت تروج بالعدد فتعتبر
بالعدد وان كانت تروج بهما فبكل واحد
منهما قال رحمه الله ولا يتعين بالتعيين
لكونها اثمانا يعني ما دامت تروج لانها
بالاصطلاح صارت اثمانا فما دام ذلك الاصطلاح

وهنا غلط
مسكين

موجودا لا تبطل الثمنية لقيام المقتضي
قال ويتعين بالتعيين ان كانت لا تروج
لزوال المقتضي للثمنية وهو الاصطلاح
وهذا لانها في الاصل هي سلعة وانما صارت
اثمانا بالاصطلاح فاذا تركوا المعاملة بها
رجعت الى اصلها وان كان يأخذها البعض
دون البعض فهي مثل الدراهم لا يتعلق
العقد بعينها بل بجنسها ان كان البائع يعلم
بحالها وان كان لا يعلم بحالها وباعه بها على
ظن انها دراهم جياد تعلق حقه بالجياد
لوجود الرضا بها في الاولى ولعدمها في الثانية
قال والمتساوي كغالب الفضة في التبايع
والاستقراض وفي الصرف كغالب الغش
يعني الذي استوى غشه وفضته او غشه
وذهبه حكمه في التبايع والاستقراض
كحكم الدراهم التي غلب عليها الفضة حتى لا
يجوز البيع بها ولا اقراضها الا بالوزن بمنزلة
الدراهم الردية لان الفضة فيها موجودة
حقيقة ولم تصر مغلوبة فيجب اعتبارها
بالوزن شرعا كالحنطة في سنبلها الا ان
يشير اليها في المبايعة فتكون بيانا لقدرها
ووصفها كما اشار الى الدراهم الجيدة ولا
ينتقض العقد بهلاكها قبل التسليم ويعطيه

مثلها

مثلها لانها ثمن فلم يتعين وفي الصرف حكمه
كحكم فضة غلب عليها الغش حتى اذا باعها بجنسها
جاز على وجه الاعتبار ولو باعها بالفضة
الخالصة لا يجوز حتى تكون الخالصة اكثر مما
فيه من الفضة لانه لا غلبة لاحدهما على الاخر
فيجب اعتبارهما فصار كما لو جمع بين فضة
وقطعة نحاس فباعهما بمثلهما او بفضة فقط
وفي فتاوى قاضي خان ان كان نصفها صفرا
ونصفها فضة لا يجوز فيه التفاضل فظاهره
انه اراد به فيما اذا بيعت بجنسها وهو خلاف
ما ذكرنا ووجهه ان فضتها لم تصر مغلوبة
به جعلت كأن كلها فضة في حق الصرف احتياطا
قال ولو اشترى به او بفلوس نافقة
شيئا وكسد بطل البيع اي اشترى بالدراهم (اي بغالب الغش)
التي غلب عليها الغش او بالفلوس وكان كل واحد
منهما نافقا حتى جاز البيع لقيام الاصطلاح
على الثمنية ولعدم الحاجة الى الاشارة لالتحا قها
بالثمن ثم كسدت بطل البيع وكذا اذا انقطعت
عن ايدي الناس بطل البيع ويجب على المشتري
رد المبيع ان كان قائما والا مثله ان كان من
ذوات الامثال والا قيمته وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
لا يبطل لان العقد قد صح لبقاء الاصطلاح على

الثمنية عند وجوده وانما تعذر التسليم
بعده بالكساد وذلك لا يوجب الفساد
لاحتمال الزوال بالرواج كما لو
اشترى شيئا بالرطب ثم انقطع عن ايدي
الناس واذا لم يبطل البيع عندهما وقد
تعذر تسليمه يجب قيمته لكن يعتبر
قيمته يوم البيع عند ابي يوسف لان الثمن
صار مضمونا به كالمغصوب فانه يعتبر
قيمته يوم الغصب لانه مضمون به وعند
محمد يعتبر قيمته يوم الكساد وهو اخر
ما يتعامل الناس بها لانه يوم الانتقال
الى القيمة لان المسمى كان واجب التسليم الى ان
ينقطع فاذا انقطع انتقل الى القيمة للتعذر فتعتبر
قيمته يومئذ ولابي حنيفة رحمه الله ان
الثمنية بالاصطلاح تبطل الثمنية لزوال
الموجب والمقتضي لها فيبقى البيع بلا ثمن فيبطل صوابه فيفسد
ولا يقال ان العقد تناول عينها والعين
باقية بعد الكساد وهي مقدورة التسليم
لانا نقول تناولها بصفة الثمنية وبالكساد
تنعدم الصفة بخلاف انقطاع الرطب فانه
يعود غالبا في العام القابل فلم يكن هلاكا
من كل وجه فلم يبطل وفي الكساد والمسالة
الاصل هو الكساد لعدم الانتفاع ببيعه

فاذا

فاذا اكسد يجتمع الى اصله على وجه يغلب على الظن
انه لا يعود لان الشيء اذا رجع الى اصله قلما
يزول وحد الكساد ان تترك المعاملة بها في
جميع البلاد وان كانت تروج في بعض البلاد لا يبطل
البيع لكنه تعيب اذا لم تروج في بلدهم
فيتخير البائع ان شاء اخذه وان شاء اخذ
قيمته وحد الانقطاع ان لا يوجد في السوق
وان كان موجودا في يد الصيارفة وفي
البيوت قال **وصح البيع بالفلوس النافقة**
وان لم تعين لانها اموال معلومة وصارت
ثمنا بالاصطلاح فجاز بها البيع ووجبت
في الذمة كالدراهم والدنانير وان عينها
لا تتعين لانها صارت ثمنا باصطلاح الناس
وله ان يعطيه غيرها لان الثمنية لا تبطل
بتعيينها لان التعيين يحتمل ان يكون لبيان
قدر الواجب ووصفه كما في الدراهم ويجوز
ان يكون لتعلق الحكم بعينها فحينئذ يتعلق
العقد بعينها بخلاف ما اذا باع فلسا بفلسين
باعيانهما حيث يتعين من غير تصريح لانه
لو لم يتعين لفسد البيع على ما بينا من
قبل فكان فيه ضرورة تحريا للجواز وهنا
يجوز على التقديرين فلا حاجة الى ابطال
اصطلاح الكافة وهذا بناء على قولهما

فلا يبطل الاصطلاح المحتمل ما لم يصرحا
بابطاله بان يقولا اردنا تعليق
الحكم بعينها صح

وعلى قول محمد رحمه الله لا يتعين وان صرحا
به واصل الخلاف ان اصطلاح العامة لا يبطل
باصطلاحهما على خلافه عنده وعندهما
يبطل في حقهما لعدم ولاية الغير عليهما فلا
يلزمهما قال وبالكاسدة لا حتى يعينها
اى اذا باع بالفلوس الكاسدة لا يجوز البيع
حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها قال
ولو كسدت الفلوس القرض يجب رد مثلها
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجب
عليه رد قيمتها لانه تعذر رد ما كما قبضها
لان المقبوض ثمن والمردود ليس بثمن
ففاتت المماثلة فتجب القيمة كما لو استقرض
مثليا فانقطع عن ايدي الناس لكن عند
ابي يوسف رحمه الله يعتبر قيمته يوم القبض
وعند محمد يوم الكساد وقول محمد انظر
في حق المستقرض لان قيمته يوم الانقطاع اقل
وكذا في حق المقرض بالنظر الى قول ابي حنيفة
وقول ابي يوسف ايسر لان قيمته يوم القبض
معلومة ويوم الكساد لا يعرف الا بحرج
ولابي حنيفة رحمه الله ان القرض اعارة
وموجبها رد العين معنى وذلك يتحقق برد مثله
والثمنية بل تعتمد المثل وبالكساد لم
يخرج من ان يكون مثليا ولهذا صح استقراضه

زيادة فيه لان صحة القرض لا تعتمد الثمنية صح

بعد

١٦٧

بعد الكساد وصح استقراض ما ليس بثمن
كالجوز والبيض والمكيل والموزون وان لم
يكن ثمنا ولولا انه اعارة في المعنى لما صح لانه
يكون مبادلة الجنس بالجنس نسيئة وانه
حرام فصار المردود عين المقبوض حكما
فلا يشترط فيه الرواج لرد العين كرد
العين المغصوبة والقرض كالغصب
اذ هو مضمون بمثله والاختلاف فيه مبني
على الاختلاف فيمن غصب مثليا كالرطب (المغصوب)
مثلا ثم انقطع عن ايدي الناس يجب عليه
قيمته بالاجماع لكن عند ابي حنيفة قيمته يوم
الخصومة وعند ابي يوسف يوم الغصب وعند
محمد يوم الانقطاع ووجه البناء عندهما
ظاهر وكذا عند ابي حنيفة لان قيمتها كاسدة
وعينها سواء في يوم الخصومة فلا فائدة
في ايجاب القيمة والعدول عن العين
بل ايجاب العين اولى لانه اعدل من القيمة
وانما عدل في الغصب الى القيمة لتعذر رد
العين بالانقطاع قال ولو اشترى شيئا
بنصف درهم فلوس صح وعليه فلوس ما
تباع بنصف درهم وعلى هذا لو قال بثلث
درهم او بربعه او بدانق فلوس او بقيراط
فلوس وقال زفر لا يجوز لانه بيع اما بقيمة

نصف درهم فضة او بفلوس وزنه نصف درهم
وكلاهما لا يجوز اما الاول فلانه باعه بقيمة
غيره ولو باعه بقيمة نفس المبيع لا يجوز فبقيمة
غيره اولى فصار نظير ما لو باع جارية بقيمة
عبد واما الثاني فلان الفلوس تقدر بالعدد
لا بالوزن ولهذا لا يجوز في الكثير منه بهذا
الطريق فكذا في القليل او يكون اشترى بفضة
على ان يعطي بدلها فلوسا فيفسد قلنا التبايع
بهذا الطريق متعارف في القليل وهو معلوم
بين الناس لا تتفاوت بهذا الطريق متعارف
في القليل قيمة الفضة فيها فلا يودي الى النزاع
ولو اشترى بدرهم فلوس لا يجوز عند محمد
رحمه الله لان الجواز للعادة ولم توجد في الدرهم
وقال ابو يوسف يجوز في الكل لانه معلوم
عند الناس ولا يتفاوت قيمة الفضة من
الفلوس فصار كما لو بين عدد الفلوس
قلنا ان نمنع قال ومن اعطى صيرفيا درهما
فقال اعطني به نصف درهم فلوسا ونصفا
الا حبة صح لانه قابل الدرهم بنصف درهم
فلوس وبنصف درهم الا حبة من الفضة
فيكون نصف درهم الا حبة بمقابلة الفضة
ونصف درهم وحبة بمقابلة الفلوس
ولو قال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا

[illegible]

الا

الا حبة بطل في الكل على قياس قول ابي حنيفة
وعندهما صح البيع في الفلوس وبطل فيما يقابل
الفضة لان الفساد عندهما عند التفصيل
يتقدر بقدر المفسد وعنده يفسد واصل
الخلاف ان العقد يتكرر عنده بتكرر اللفظ
وعندهما بتفصيل الثمن حتى لو قال اعطني
بنصفه فلوسا واعطني بنصفه نصفا الا حبة
جاز في الفلوس وبطل في الفضة بالاجماع
وتقدم نظيره فيما اذا جمع بين حر وعبد
ونحوه ثم ان افترقا في هذه المسالة قبل ان
يقبض الفلوس والنصف الا حبة بطل في النصف
الا حبة لان العقد فيه صرف وقد افترقا
قبل قبض احد البدلين ولا يبطل في الفلوس
لان العقد فيها بيع فيكفي قبض احد البدلين
ولو لم يعطه الدرهم ولم ياخذ الفلوس حتى
افترقا بطل في الكل لانهما افترقا عن دين
بدين فثبت بمجموع ما مضى ان الاموال
انواع نوع ثمن بكل حال كالنقدين صحبه
الباء او لا قوبل بجنسه او بغير جنسه ونوع
مبيع بكل حال كالثياب والدواب والعبيد
ونوع ثمن من وجه مبيع من وجه كالمكيل
والموزون غير النقدين فانه ان كان معينا
في العقد كان مبيعا وان لم يكن معينا وصحبه

البا وقوبل بالمبيع فهو ثمن ونوع ثمن بالاصطلاح
وهو سلعة في الاصل كالفلوس فان كان رائجا
فهو ثمن وان كان كاسدا فهو سلعة ثمن وهذا
لان الثمن ما يثبت دينا في الذمة عند العرب
كذا ذكره الفرا والنقود لا تستحق بالعقد
الا دينا في الذمة فكانت ثمنا بكل حال والعروض
لا تستحق بالعقد الا عينا فكانت مبيعة
والمكيل والموزون غير النقدين يستحق بالعقد
عينا تارة ودينا اخرى فكان ثمنا في حال
مبيعا في حال ومن حكم الثمن ان لا يشترط
وجوده في ملك العاقد عند العقد ولا يبطل
العقد بفوات تسليمه ويصح الاستبدال به
في غير الصرف والسلم ومن حكم المبيع ان
يشترط وجوده في ملك العاقد قبل العقد
في غير السلم ولا يصح الاستبدال به قبل
قبضه ومن شرطهما ان لا يجوز التفاضل
عند المقابلة بالجنس في المقدرات وان يجب
تعيينهما فيما يتعين وقبضهما فيما لا يتعين
وفي غير المقدرات يجب تعيينهما ان كانا
يتعينان بالتعيين ان جمعهما القدر كالحنطة
والشعير وان كانا لا يتعينان يجب قبضهما
كالذهب والفضة وان لم يجمعهما القدر
كالحنطة والفضة او الفلوس مع احد النقدين

فقط وان قوبل بخلاف جنسه فان كان
البدلان من المقدرات يجب تعيينهما صح

او كان احدهما مقدرا والاخر غير مقدر كالثياب
مع النقدين او غيرهما من المقدرات يجب
تعيين احد البدلين دون الاخر كيلا يكون
كالئا بكالئ والله اعلم بالصواب واليه المرجع
والمآب وهو حسبي ونعم الوكيل

كتاب الكفالة

وهي مطلق لغة الضم قال الله تعالى وكفلها زكريا
اي ضمها الى نفسه وقال عليه الصلاة والسلام
انا وكافل اليتيم كهاتين اي ضام اليتيم الى
نفسه قال هي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة
هذا في الشرع وقيل ضم ذمة الى ذمة في الدين
لانه مطالب بالدين والمطالبة به ولا دين
محال وهذا لان المطالبة بايفاء الدين فرع
وجوب الدين ولا يتصور الفرع بدون الاصل
والاحكام تشهد لهذا الا ترى انه لو وهب
(او رب الدين) الطالب الدين من الكفيل صح ويرجع به على
الاصيل وهبة الدين من غير من عليه الدين
لا تصح وكذا لو اشترى الطالب بالدين شيئا
من الكفيل صح والشرا بالدين لا يجوز الا ممن
عليه الدين ولا يلزم من وجوب الدين عليهما
ان يتكرر الاستيفا لان الدين الواحد لا يمكن
استيفاؤه مرتين ويمكن وجوبه على شخصين
كالغاصب وغاصب الغاصب فان الدين

واجب عليهما ولا يستوفيه الامن احدهما ايهما
شا والاول اصح لانه يستحيل ان يجب دين له
ولا يستوفى الا احدهما واما وجوب المطالبة
بدين على غيره فممكن الا ترى ان الوكيل بالشرا
يطالب بالدين وهو على الموكل حتى لو ابراه
البايع صح وكذا الولي او الوصي يطالبان بدين على
الصغير وليس عليهما دين والولي يطالب بقضا
دين على عبده الماذون او ببيعه عند طلب
الغرما بيعه ولا دين عليه فاذا امكن ايجاب
المطالبة عليه من غير لزوم الدين فلا حاجة
الى ايجاب الدين عليه لانه محال في الحقيقة
لما فيه من جعل الدين الواحد دينين
فلا يصار اليه الا عند الضرورة كما اذا وهب
الدين له او اشترى به منه شيا فحينئذ
يقدر الدين على الكفيل ضرورة تصحيح تصرفه
فيجعل في حكم دينين ولا ضرورة قبله فلا
حاجة الى هذا التقدير وفي الغاصب وغاصب
الغاصب لا يجب له الا دين واحد على احدهما
غير عين ولهذا اذا اختار احدهما ليس له
ان يطالب الاخر لتضمنه التمليك منه وهذا
تفسير الكفالة وسببها مطالبة من له الحق
للتوثق بتكثير محل المطالبة او تيسير وصول
حقه اليه وركنها الايجاب والقبول عندهما

الصواب ان يقول على الوكيل بدل على الموكل
... سهوا

واما الايجاب فمتفق عليه الخلاف في القبول فقط
خلافا

خلافا لابي يوسف اخرا وشرطها ان يكون الدين
ثابتا صحيحا بخلاف بدل الكتابة على ما يجي
في موضعه ان شا الله تعالى وان يكون
المكفول به ممكن الاستيفا من الكفيل واهلها
ان يكون الكفيل من اهل التبرع حتى لا يصح
ممن لا يملك التبرع كالعبد الماذون له
في التجارة والمكاتب والصغير وكذا لا يصح من
المريض الا من الثلث لانه لا يملك التبرع باكثر
منه وانواعها في الاصل نوعان كفالة بالنفس
وكفالة بالمال والكفالة بالمال نوعان
كفالة بالديون فيجوز مطلقا اذا كانت صحيحة
وكفالة بالاعيان وهي نوعان كفالة
باعيان مضمونة فتصح الكفالة بها وذلك
كالمغصوب والمهور وبدل الخلع والصلح عن
دم العمد ونحو ذلك وكفالة باعيان
هي امانة غير واجب التسليم كالودايع
والمضاربات والشركة ونحو ذلك مما ليس
بواجب التسليم فلا تصح الكفالة بها اصلا
وكفالة باعيان هي امانة واجب التسليم
كالعارية والمستاجرة او بعين مضمونة
بغيره كالمبيع فان الكفالة بها لا تصح وبتسليمها
تصح والفاظها مذكور في المتن قال **وتصح
بالنفس وان تعددت** اي وان تعددت الكفالة

قوله فان الكفالة لا يحتاج الى الفظ... ... الكفالة

بان اخذ منه كفيلا ثم كفيلا وكذا يجوز اذا
تعددت النفوس المكفول بها ايضا كما يجوز
بالديون الكثيرة وقال الشافعي رحمه الله لا تجوز
الكفالة بالنفس لانه لا قدرة له على تسليمه
اذ لا ولاية له عليه لا سيما اذا تكفل بغير امره
لانه لا ينقاد له ولا يلتزم طاعته وكذا اذا
كان بامره لان امره بالكفالة بالمال
لا يثبت له ولاية في ماله ليؤدي عنه من
ماله فالنفس اولى فصار كما لو باع طيرا في الهوى
بخلاف الكفالة بالمال لانه ان لم يكن له
ولاية على مال الامر فله ولاية على مال
نفسه فيؤدي من ماله ولنا قوله عليه
الصلاة والسلام الزعيم غارم من غير فصل
بين الكفالة بالنفس او بالمال فيقتضي
شرعيتهما ولا يقال الكفالة بالنفس لا غرم فيها
فلا يتناوله الحديث لانا نقول الغرم عبارة
عن ضرر يلزمه قال الله تعالى ان عذابها
كان غراما وفيه ذلك ولان الحاجة ماسة
اليها ضرورة احياء حقوق العباد وقد امكن
العمل بموجبها بان يعلمه مكانه فيخلي بينه
وبينه اذ التخلية تسليم او يوافقه اذا ادعاه
او يكرمه بالحضور الى مجلس الحاكم والتزامه
لذلك ورضي خصمه به دليل على قدرته فتصح

وان

وقف لله تعالى

وان لم يقدر عليه استعان باعوان القاضي
فكانت مفيدة ولانه التزم ما هو مستحق
على الاصيل اذ تسليم النفس على المدعى عليه
واجب بمعنى انه يجب عليه الحضور الى مجلس
الحاكم فيصح كالكفالة بالمال والدليل
على انه يجب عليه الاجابة اذا دعي ان الله
ذم الممتنع من الحضور بقوله عز وجل
واذا دعوا الى الله ورسوله الاية والذم
يستحق بترك الواجب وعن الصحابة رضي
الله عنهم انهم اجازوا الكفالة بالنفس
وضمنت ام كلثوم بنفس علي حين جرى
بينه وبين عمر رضي الله عنهم خصومة
وكفل صلى الله عليه وسلم رجلا بتهمة
والتكفيل احق الكفيل بالنفس ولان شرط
صحة الالتزام ان يكون الملتزم ممكنا وجوده
عقلا لا حقيقة الا ترى انه اذا التزم
الحجة بالتدريج ويلزمه وان لم يتأت منه
حقيقة لقصر عمره عادة وقدرته على احضاره
ممكن فيصح واذا صحت فتصح متعددة ايضا
لان حكمها استحقاق المطالبة وهي تحتمل
التعدد والالتزام الاول لا يمنع الالتزام
الثاني اذ المقصود منها التوثق فلا تنافي
قال يكفلت بنفسه وبما عبر به عن البدن

وبجزء شايع اي تصح الكفالة بقوله كفلت
بنفس فلان او بما يعبر به من اعضائه عن جميع
البدن كراسه ووجهه ورقبته وعنقه
وجسده وبدنه بان قال تكفلت براسه
او بوجهه الى اخره او تكفل بجزء شايع
منه بان قال تكفلت بثلثه او ربعه كل ذلك
جايز لان هذه الاشيا يعبر بها عن جميع
البدن عرفا وقد بيناه في الطلاق قال
وبضمنته اي يصح بقوله ضمنته لك لانه
تصريح بمقتضى الكفالة لانه يصير ضامنا
للتسليم والعقد ينعقد بالتصريح بموجبه
كعقد البيع ينعقد بلفظ التمليك قال
وبعلي يعني يصح بقوله علي لان كلمة على
للوجوب قال الله تعالى ولله على الناس حج
البيت من استطاع اليه سبيلا قال
والي لانها بمعنى على في هذا المقام قال
عليه الصلاة والسلام من ترك كلا او عيالا
فالي قال **وانا زعيم** لان الكفيل يسمى
زعيما قال الله تعالى حكاية عن صاحب يوسف
وانا به زعيم اي كفيل قال **وقبيل به**
لان القبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة
لانه يحفظ الحق فيكون وثيقة كالكفيل قال
رحمه الله **لا بانا ضامن بمعرفته** اي لا يصير

كفيلا

كفيلا بقوله انا ضامن لك بمعرفة فلان وقال
ابو يوسف يصير ضامنا للعرف لانهم
يريدون به الكفالة وجه الاول انه التزم
معرفته دون المطالبة فصار كالتزامه
دلالته عليه او قال اوقفك عليه قال
فان شرط تسليمه في وقت بعينه احضره
فيه ان طلبه لانه التزمه بالشرط في الكفالة
فيجب عليه الوفاء به ان طلبه في ذلك
الوقت او بعده كالدين المؤجل اذا طلبه
صاحبه بعد حلول الاجل قال **فان احضره**
والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء ما وجب
عليه ولكن لا يحبسه اول مرة لاحتمال انه
ما عرف لماذا يدعى فيمهله حتى يظهر له
مطله لانه جزاء الظلم وهو ليس بظالم قبل
المماطلة قال الفقير الى الله تعالى ينبغي
ان يفصل كما فصل في الحبس بالدين فانه
هناك قيل اذا ثبت الحق باقراره لا يعجل
بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس
جزاء المماطلة فلم تظهر بها ولا المماطلة وان
ثبت بالبينة حبسه كما وجب لظهور مطله
بالانكار فكذا هنا ينبغي ان يفصل على هذا
التفصيل وذكر في النهاية معزيا الى الايضاح
هذا اذا لم يظهر عجزه واما اذا ظهر عجزه

فلا معنى لحبسه الا انه لا يحال بينه وبين الكفيل
فيلازمه ويطالبه ولا يحول بينه وبين اشغاله
جعله كالمفلس بالدين اذا ثبت بالاقرار او بالبينة
قال **وان غاب امهله مدة ذهابه وايابه**
اي ان غاب المكفول بنفسه اي ان غاب المكفول
بنفسه يؤجل الكفيل مدة قطع المسافة ولا يحبسه
لانه لم يظهر مطله بعد والحبس للمماطلة قال
فان مضت ولم يحضره حبسه اي اذا مضت المدة
ولم يحضره حبسه لانه ظهر مطله والحبس جزاؤه
قال **وان غاب ولم يعلم مكانه لا يطالب به**
لانه عاجز وقد صدقه الطالب عليه فصار كالمديون
اذا ثبت اعساره وان اختلفا فقال الكفيل لا اعرف
مكانه وقال الطالب تعرف ينظر فان كانت له
خرجة معروفة يخرج الى موضع معلوم للتجارة
في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب
الى ذلك الموضع لان الظاهر شاهد للطالب وان
لم يعرف منه ذلك كان القول قول الكفيل لانه
متمسك بالاصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة
وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه القاضي
الى ان يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة
عليه فلا يصدق على اسقاطها عن نفسه بما يدعي
وان اقام الطالب بينة انه في موضع كذا امر
الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع واحضاره اعتبارا

للثابت

للثابت بالبينة بالثابت معاينة وكذا لو ارتد
ولحق بدار الحرب لا تسقط الكفالة فيؤجل الكفيل
مدة ذهابه ومجيئه ولا يقال بعد اللحاق بدار
الحرب صار كالموتى (في حق غيره لا في حق نفسه) ولهذا يقسم ماله بين ورثته
فينبغي ان يبرأ الكفيل كما لو مات حقيقة لانا نقول
هذا ليس بموت حقيقة وانما هو موت حكمي
في حق قسمة ماله بين ورثته فاما في حق نفسه
فهو حي مطالب بالتوبة والرجوع وتسليم النفس
الى الخصم فيبقى الكفيل على كفالته هكذا ذكره في
النهاية معزيا الى المبسوط وفيه قال في
الذخيرة انه اذا لحق بدار الحرب مرتدا ينظر
فان كان الكفيل قادرا على رده بان كان بيننا
وبينهم موادعة ان من لحق بهم مرتدا يردونه
الينا اذا طلبنا يمهل الكفيل بقدر ذهابه ومجيئه
وان لم يكن قادرا لا يؤخذ به ثم في كل موضع
قلنا انه يؤمر بالذهاب اليه للطالب ان يستوثق
الكفيل بكفيل اخر حتى لا يغيب الاخر فيضيع
حقه قال **فان سلمه بحيث يقدر المكفول**
له ان يخاصمه برئ لانه اتى بما التزمه
اذ لم يلتزم تسليمه الا مرة واحدة وحصل مقصود
الطالب ايضا بذلك فلا حاجة الى ابقاء الكفالة
فصار نظير ما لو تكفل بمال وقضاه سواء كان
التسليم غير مشروط في وقت او كان مشروطا

فيه فسلمه في ذلك الوقت او قبله لان الاجل
حق الكفيل فله ان يسقطه كالدين المؤجل
اذا قضاه قبل حلول الاجل يجبر الطالب لان
الاجل حق المدين فله ان يسقطه ثم التسليم
يكون بينه وبين الخصم وذلك برفع الموانع
فيقول له هذا خصمك فانت اعلم بشانه
فخذه ان شئت ثم لا يخلو اما ان يسلمه بعد
طلبه او لا فان كان بعد طلبه برئ وان لم
يقل سلمته اليك بحكم الكفالة لانه يتعين لاعادة
قول الطالب وان سلمه بغير طلب فلا يبرا حتى
يقول سلمته اليك بجهة الكفالة قال ولو شرط
تسليمه في مجلس القاضي سلمه ثمة لان الشرط
مفيد فيلزمه تسليمه على الوجه الذي التزمه
فاذا سلمه في مجلسه برئ لما ذكرنا وكذا اذا
سلمه في السوق لحصول المقصود وقيل لا يبرا
وهو قول زفر رحمه الله وبه يفتى في زماننا
لتهاون الناس في اقامة الحق وان سلمه
في برية او في سواد لا يبرا لانه لا يقدر على
مخاصمته في ذلك المكان وكذا لو لم يشترط
التسليم في مجلس الحاكم لا يبرا بمثل هذا التسليم
لما ذكرنا وان سلمه في مصر اخر غير المصر الذي
كفل فيه برئ عند ابي حنيفة رحمه الله لان
المعتبر تسليمه على وجه يتمكن من احضاره

بالتخلية م

مجلس

مجلس القاضي وقد وجد وعندهما لا يبرا لانه
لم يسلمه على الوجه الذي التزمه وهو ان يسلمه
في مصر كفل فيه وهو مفيد لاحتمال ان يكون
شهوده فيه او يعرف قاضي ذلك المصر حادثته
فلا يبرا الا بالتسليم فيه قلنا الاحتمال
مشترك فانه يحتمل ان يكون شهوده في ذلك
المصر ويحتمل ان يكون قاضي ذلك المصر يعلم
حادثته فتعارض الموهومات فبقي التسليم
سالما عن المعارض فيبرا وقيل هذا اختلاف
عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان
فابو حنيفة رحمه الله قال ذلك في زمنه
حين كانت الغلبة لاهل الصلاح والعمال
كانوا يتقون على البر ولا يميلون الى الرشوة
فلا يختلف الحال بين مصره ومصر اخر وهما
قالا ذلك بعد ما ظهر الفساد وتغيرت
احوال القضاة والعمال حتى لا يقيموا الحق
الا بالرشوة فيكون على هذا التقدير مصره
اسهل لاثبات حقوقه ولو سلمه في السجن
وقد حبسه غير الطالب لا يبرا لان المقصود
من التسليم تمكنه من احضاره مجلس الحاكم
ليثبت عليه الحق ولا يفيد في المحبوس قال
وتبطل بموت المطلوب والكفيل لا الطالب
يعني الكفالة تبطل بموت المكفول بنفسه وبراءة

اي الكفالة بالنفس

ظ
حتى لا يقيمون

في موت الكفيل ولا تبطل بموت المكفول له
لان المطلوب بموته برئ هو بنفسه صح

توجب براءة الكفيل لانه اصيل والكفيل تبع
فاذا عجز عن الحضور بالموت سقط عنه فكذا
عن التبع لما قلنا وبعد موت الكفيل لا يتحقق
التسليم منه وورثته لا يقومون مقامه
لانهم يخلفونه في ماله لا فيما عليه وماله
لا يصلح لايفاء هذا الحق وهو احضار المكفول
به بخلاف الكفيل بالمال اذا مات لان ماله
صالح له وحكمه بعد موته ممكن فيوفي من
ماله ثم ترجع الورثة على المكفول عنه ان
كانت الكفالة بامره والا فلا لانهم كانوا قد
ادوه بنفسه حال حياته واما اذا مات الطالب
يخلفه وصيه او وارثه فلا يبطل حقه اذ هم
قائمون مقامه في استيفائه قال وبرئ
بدفعه اليه وان لم يقل اذا دفعته اليك
فانا برئ لان موجب التسليم البراءة فتثبت
به وان لم ينص عليها اذ موجب التصرف
يثبت من غير تنصيص عليه ولا بد من ان يقول
سلمته اليك بحكم الكفالة وان لم يقل
لا يبرا لان التسليم قد يكون بحكم الكفالة
او استعانة او اجارة الا اذا كان يطلبه
فحينئذ لا يحتاج فيه الى ان ينص عليه لتقدم
ما يدل عليه وكذا اذا اقر الطالب بالقبض
لا يحتاج الى النص لان الظاهر انه لا يقر الا

باستيفاء حقه ولو سلم الكفيل المكفول به الى
الطالب فابى ان يقبله يجبر على القبول وينزل
قابضا بالتخلية لانه لو لم يجعل قابضا لتضرر
الكفيل فصار كالغاصب يرد العين المغصوبة
او ثمنها وكالمديون اذا قضى الدين بخلاف
ما اذا سلمه غيره بغير امر الكفيل حيث
لا يجبر على القبول لانه اجنبي فصار نظير
قضاء الدين من الاجنبي قال وبتسليم
المطلوب نفسه من كفالته وبتسليم وكيل
الكفيل ورسوله يعني بتسليم هؤلاء يبرا
الكفيل لان المكفول به مطالب بالتسليم
وواجب عليه ان يسلم نفسه فاذا سلم
فقد حصل المقصود فلا معنى لبقاء الكفالة بعد
ذلك ووكيل الكفيل يقوم مقامه ورسوله
سفير عنه فيكون فعلهما كفعله وشرط براءته
ان يقول كل واحد من هؤلاء سلمت اليك بحكم
الكفالة على ما بينا وفي لفظ المختصر ما يشعر
بذلك فانه قال وبتسليم المطلوب نفسه
من كفالته شرط ان يكون التسليم من كفالته
فهذا دليل على انه لا يبرا اذا لم يقل من كفالته
نص عليه في الكفيل ووكيله ورسوله في
المبسوط والمحيط وفي تسليم المكفول بنفسه
في فتاوى قاضي خان ولو سلمه اليه رجل اجنبي بغير

امره وقال عند الدفع سلمته اليك عن الكفيل فان
قبله الطالب برئ الكفيل وان سكت الطالب
ولم يقل قبلت لم يبرا الكفيل ذكره قاضي خان
في فتاويه قال **فان قال ان لم اواف به غدا
فهو ضامن لما عليه فلم يواف به او مات
المطلوب ضمن المال** لان الكفالة بالمال معلقة
بشرط عدم الموافاة فاذا وجد الشرط لزمه
المال ولا يبرا عن الكفالة بالنفس لانها كانت
ثابتة قبل وجوب المال عليه فلا ينتفي
بوجودها الا ترى انه لو كفلهما جملة
في وقت واحد صحت ولو تنافيا لما صحت
وهذا لان الكفالة للتوثق فالتوثق
بالكفالة بالنفس لا ينافي التوثق بالكفالة
بالمال كما لا ينافي التوثق بكفالة نفس اخرى
او بمال اخر وقال الشافعي رحمه الله الكفالتان
باطلتان اما الكفالة بالنفس فقد بينا
قوله من قبل واما الكفالة بالمال فلانها
معلقة بشرط على خطر وتعليق وجوب
المال بالشرط غير جائز كالبيع ونحوه وهذا
هو القياس ولنا ان الناس تعاملوه
والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع
وغيره وباب الكفالة اوسع لكونه من التبرعات
ولان الكفالة تشبه البيع انتهاء من حيث ان

الكفيل

اي هذه الكفالة باطلة لا مطلقا

الكفيل يرجع على الاصيل اذا كان بامره وتشبه
النذر ابتداء من حيث انه التزام ابتداء فلشبهه
بالبيع ينبغي ان لا يجوز تعليقه بالشرط
اصلا وباعتبار النذر وجب ان يجوز بمطلق
الشرط فقلنا يجوز تعليقه بشرط متعارف
ولا يجوز بغيره عملا بالشبهين والتعليق
بعدم الموافاة متعارف ولا نسلم انه تعليق
لوجوب المال وانما هو تعليق لوجوب المطالبة
في الصحيح على ما مر من قبل فيصح فاذا صح
تعليقه بعدم الموافاة ولم يواف به مع
قدرته او لعجزه بموته او بجنونه فقد
وجد الشرط فيلزمه المشروط لان عدم
الموافاة لا يختلف باختلاف السبب فان
قيل شرط وجوب المال عدم موافاة
مستحقة عليه وبموت المكفول به برئ
الكفيل فلم يجب عليه احضاره فكيف يلزمه
المال بعدم موافاته بعد ما برئ الا ترى
ان الطالب اذا ابراه عن الكفالة بالنفس
فلم يحضره لا يجب عليه المال لفقد شرطه فكذا
هنا قلنا الابراء وضع للفسخ فتنفسخ به
الكفالة بالنفس من كل وجه والموت لم
يوضع للفسخ وانما برئ لعجزه عن التسليم
المستحق بالكفالة لان المستحق عليه تسليم

او وسيلة

يقع ذريعة الى الخصام وهو عاجز عنه فكان ضروريا
فينعقد بقدرها فيبرا عن التسليم ولا
ضرورة الى انفساخه في حق الكفالة بالمال
فلا ينفسخ العقد في حقه وان مات الكفيل
فقد ذكر قاضي خان في فتاويه ان وارثه
كان بمنزلة الكفيل ان دفعه الى الطالب برئ وان
لم يدفعه حتى مضى الوقت كان المال على الوارث
يعني من تركة الميت ولو مات الطالب فدفع
الكفيل المكفول به الى وارث الطالب في الوقت
برئ وان لم يدفعه لزم المال وهذا ظاهر قال
ومن ادعى على اخر مائة دينار فقال رجل ان لم
اواف به غدا فعليه المائة وهذا عند ابي
حنيفة وابي يوسف احترازا او قولهما لا فرق بين ان يبين
المائة او لم يبينها بان تعلق رجل على رجل
فلزمه فقال لي عليك حق ولم يدع عليه مالا
معدودا فقال له رجل اخر دعه فانا كفيل
بنفسه فان لم اواف به غدا فعلي مائة
دينار فادعى المدعي واثبتها لزم الكفيل وقال
محمد رحمه الله ان لم يبينها ثم ادعى وبينها لا يلزمه
وله فيه وجهان دليلان احدهما ما قاله ابو منصور
الماتريدي رحمه الله وهو ان الكفيل علق
مالا مطلقا بخطر او الشرط حيث لم يقل التي لك عليه
فكانت هذه رشوة التزمها الكفيل له عند

عدم

او بهذا التوضيح [illegible]

عدم الموافاة به فهذا يوجب ان لا يصح وان بينها
المدعي لان عدم النسبة اليه هو الذي اوجب
البطلان والثاني ما قاله الكرخي وهو ان المدعي
لما لم يبين لم يصح دعواه فلم يجب احضاره
الى مجلس القاضي فلم تصح الكفالة بالنفس
ايضا لعدم صحة الدعوى ولم تصح الكفالة
بالمال ايضا لانها مبنية على الكفالة بالنفس
فاذا بطل الاصل بطل الفرع وهذا الوجه
يوجب ان تصح الكفالة اذا بين المال عند
الدعوى ولهما ان هذه كفالة امكن تصحيحها
فتصح اما اذا بين المال عند الدعوى فلان المال
ذكر معرفا فينصرف الى ما على المدعى عليه
لان العادة جرت بالارسال والمراد ما عليه
واما اذا لم يبين فلان العادة جرت بالابهام
في الدعوى في غير مجلس القضاء فيجملونها اجمالا
ولا يبينونها الا عند القاضي دفعا لحيل
الخصوم وصونا لكلامهم الى وقت الحاجة
فصحت الدعوى والملازمة على احتمال البيان
من جهته فاذا بين انصرف بيانه الى ابتداء
الدعوى فظهر بيان الكفالة بالنفس قد صحت
فتصح الكفالة بالمال ايضا لانها مبنية عليها
ولانه لو جعل التزاما لما عليه يصح والا فلا
فيحمل عليه تصحيحا لتصرفه ولو تكفل رجل

بنفس رجل على انه ان لم يواف به يوم كذا فعليه
ما للطالب على فلان اخر جاز ذلك استحسانا
وهو قول محمد رحمه الله وفي القياس لا يجوز
وهو قول ابي يوسف ذكره قاضيخان وفي المحيط
جعل الخلاف بالعكس وجعل ابا حنيفة مع ابي
يوسف قال ولا يجبر على الكفالة بالنفس
في حد وقود وهذا عند ابي حنيفة وقالا يجبر
في حد القذف والقصاص وفي غيرهما من الحدود
لا يجبر ولو سمحت به نفسه من غير طلب
يجوز بالاتفاق لهما ان الكفالة بالنفس شرعت
لتسليم النفس وتسليم النفس والكفالة
شرعت وثيقة لصاحب الحق كيلا يفوت حقه
والله تعالى عنه وبخلاف نفس الحد والقصاص
حيث لا يجوز به اجماعا لانه لا يمكن استيفاؤه
من الكفيل فلا يشرع وله قوله عليه الصلاة
والسلام لا كفالة في حد مطلقا ولان الكفالة
للاستيثاق ومبناهما على الدرء فلا اجبار
على اعطاء الكفيل فيهما يفضي الى فساد الوضع
بخلاف ساير الحقوق لانها لا تسقط بالشبهات
ولو اعطى بنفسه الكفيل من غير طلب فيهما جاز
بالاجماع لان تسليم النفس مستحق على الاصيل
فتصح الكفالة به وغيرهما من الحدود والحقوق
التمرتاشي حد السرقة بهما في جواز التكفيل

واجب على الاصيل فيها فصحت الكفالة به كما في دعوى المال بخلاف الحدود الخالصة لانها محض حق الله تعالى صح

بخلاف ه

بنفس

١٧٨

بنفس من عليه بالاجماع وفي الاجبار عليه عندهما
وانه يتعلل ذلك منه لان الدعوى شرط فيه كما
هو شرط فيهما والمدعي محتاج ان يجمع بين شهوده
ومطلوبه فربما يخفي المطلوب نفسه فيستوثق
بكفيل بخلاف غيره من الحدود ولان الدعوى
ليس بشرط فيها ولا يجب عليه حضور مجلس
الحاكم بسبب الدعوى اذ لا يسمع دعوى
احد فيها فلا تجوز الكفالة بها اصلا وان
طابت بها نفسه وسمحت فاذا لم يكفل عنده
يلازمه الى ان يقوم القاضي من مجلسه فان
اقام البينة فيها والا خلى سبيله وليس تفسير
الجبر عندهما ان يجبر بالحبس وغيره
من العقوبة لكن يامره بالملازمة ويدور
معه حيث دار واذا اراد دخول داره
استاذنه فان اذن له دخل معه وان لم
ياذن له منعه من الدخول واجلسه في باب
الدار كيلا يغيب بالخروج من موضع اخر
قال ولا يحبس فيهما حتى يشهد شاهدان مستوران
او عدل اي لا يحبس في الحدود والقصاص حتى
يشهد شاهدان مستوران او واحد عدل
يعرفه القاضي بالعدالة لان الحبس هنا للتهمة
الفساد وشهادة المستورين تصلح للحكم
به فتصلح لاثبات التهمة وخبر الواحد حجة

في الديانات والمعاملات فتثبت بشهادة العدل
التهمة وان لم يثبت به اصل الحق والحبس بتهمة
الفساد مشروع لانه عليه الصلاة والسلام
حبس رجلا بتهمة بخلاف دعوى الاموال
حيث لا يحبس في الحدود والقصاص ايضا لحصول
المقصود وهو الاستيثاق بالكفالة قال
وبالمال ولو مجهولا اذا كان دينا صحيحا بكفلت
عنه بالف وبما لك عليه وبما يدركك في هذا
البيع وما بايعت فلانا فعلي وما ذاب لك عليه
فعلي وما غصبك فلان فعلي اي تصح الكفالة
بالمال ولو كان المكفول به مجهولا كقوله كفلت
لان الكفالة مشروعة بالنص وعليه اجماع الامة
وهي مبنية على التوسع فيتحمل فيها الجهالة اليسيرة
وغيرها بعد ان يكون متعارفا وعلى الكفالة
بالدرك انعقد الاجماع مع انه لا يعلم كم قدر
يستحق من المبيع وكم به صحة وشرطه ان يكون
دينا صحيحا كما ذكر لانه اذا لم يكن الدين
صحيحا كبدل الكتابة لا تجوز الكفالة به ويجوز
الكفالة بالشجة وقطع الاطراف اذا لم يكن موجبة
للقصاص لان الارش دين صحيح لا يسقط بالموت
بخلاف بدل الكتابة فانه ليس بدين صحيح
الا ترى ان المكاتب يملك اسقاطه
قال وطالب الكفيل او المديون الا اذا

شرط

شرط البراة فحينئذ تكون حوالة كما ان الحوالة
بشرط ان لا يبرا بها المحيل كفالة اي الطالب بخير
ان شا طالب الكفيل وان شا طالب الاصيل وكذا
له ان يطالبهما معا لانه موجب الكفالة اذ
هي تنبي عن الضم وذلك يقتضي بقا الاول لا البراة
الا اذا شرط براة الاصيل فحينئذ تكون
حوالة فلا يطالب الاصيل كما اذا احال بشرط
ان لا يبرا المحيل فله ان يطالبه لما عرف
ان العبرة للمعاني لا لمجرد اللفظ قال ولو
طالب احدهما له ان يطالب الاخر لما ذكرنا
بخلاف المغصوب منه اذا اختار احد الغاصبين
لان اختياره احدهما يتضمن التمليك منه عند
قضا القاضي به فلا يمكنه التمليك من الاخر
بعد ذلك واما المطالبة بالكفالة لا يقتضيه
ما لم يوجد منه حقيقة الاستيفا قال
ويصح تعليق الكفالة بشرط ملايم كشرط وجوب
الحق كان استحق المبيع او لامكان الاستيفا
كان قدم زيد وهو مكفول عنه او لتعذره كان
غاب عن المصر اي يجوز تعليق الكفالة بشرط
ملايم لا بمطلق الشرط والملايمة تثبت بكون
الشرط سببا لوجوبه كقوله ان استحق المبيع
فعلي الثمن او بكونه ممكنا من الاستيفا كقوله
ان قدم فلان فعلي ما عليه من الدين فهذه

او بكونه سببا لتعذر الاستيفا كقوله ان غاب زيد فعلي ما عليه من الدين

جملة الشروط التي يجوز تعليق الكفالة بها والاصل
فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به
زعيم فوجه التمسك بالآية انه علق الكفالة
بالشرط وذلك الشرط سبب لوجوب الحمل
وهو المجي بالصاع وشريعة من قبلنا شريعة لنا
ما لم تنسخ ولا يقال الكفيل من يكون ضامنا
عن غيره وهذا الكفيل ضامن عن نفسه لانه
هو الذي يجب عليه الاجرة لانا نقول يمكن
حمل الاية على الكفالة بان يكون رسولا من
جهة الملك والرسول سفير فلا يجب عليه الاحكام
كانه يقول ان الملك قال لمن جاء به حمل بعير
ثم يقول من جهته وانا بذلك الحمل الذي على
الملك كفيل ولا يقال ان الاية الكريمة تدل
على ان الكفالة للمجهول جائزة وانتم لا تقولون
به فلم يبق لكم حجة لانا نقول جاز ان
تنسخ من هذا الوجه ويبقى معمولا بها من
جهة التعليق لاجماع الامة على ان ضمان الدرك
جائز ولو كان منسوخا لما جاز ثم الاصل فيه
ان الجهالة في المال المكفول به لا تمنع صحة
الكفالة كقوله ما غصبك فلان فعلي وجهالة
المكفول له او المكفول عنه يمنع حتى لو قال من
غصبك من الناس فعلي او بايعك او قتلك
فانا كفيل لك عنه او قال من غصبته انت او

فتلته

قتلته فانا كفيل له عنك لا يجوز الا اذا كانت
الجهالة في المكفول عنه يسيرة مثل ان يقول
كفلت لك بما لك على احد هذين فحينئذ
يجوز فالتعيين الى المكفول له لانه صاحب الحق
قال ولا يصح ان بجعله هبت الريح تصح الكفالة
ويجب المال حالا يعني لا يصح تعليق الكفالة بهبوب
الريح ونحوه كنزول المطر تصح الكفالة ويجب
المال حالا هكذا ذكره في الهداية والكافي
وهذا سهو فان الحكم فيه ان التعليق لا يصح ولا
يلزمه المال لان الشرط غير ملايم فصار كما لو
علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس بملايم ذكره
قاضي خان وغيره ولو جعلا الاجل في الكفالة
الى هبوب الريح لا يصح التاجيل ويجب المال حالا
وكذلك الكفالة بالنفس يجوز تعليقها بشرط
ملايم كالكفالة بالمال في جميع ما ذكرنا ولا يجوز
تعليقها بشرط غير ملايم ويجوز تاجيلها
الى اجل معلوم والجهالة اليسيرة فيها متحملة
كالتاجيل الى العطا وقدوم الحاج ولا يجوز الى
هبوب الريح او نزول المطر فان اجله اليه
بطل الاجل ولزمه تسليم النفس حالا قال
فان كفل بماله عليه فبرهن على الف لزمه
يعني اذا تكفل رجل بما له على فلان فاقام الطالب
البينة على ان له عليه الف درهم لزم الكفيل

قوله بنحو ان الخ متعلق بضمير يصح الراجع الى التعليق فالتقدير ولا يصح تعليق الكفالة بنحو ان الخ

نسخ المتن هنا مختلفة فنسخة الشيخ غير نسخة الهداية فهذا لم يلتفت الشيخ الى اللزوم على نسخة الهداية صاحب الهداية وفي البحر كلام فراجعه

لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا وان لم يقم فلا
يجب عليه شيء لان قول الطالب (رب الدين) لا يكون حجة
على المطلوب وهو المكفول عنه ولا على الكفيل
لانه مدع فلا يقبل قوله الا ببينة قال رحمه
الله ويصدق الكفيل فيما اقر به ولا ينفذ
قول المطلوب على الكفيل يعني اذا اقر الكفيل
بشيء والمسألة بحالها وادعى الطالب اكثر من ذلك
كان القول قول الكفيل لانه منكر ولو اقر المكفول
عنه باكثر من ذلك لا ينفذ قوله على الكفيل لعدم
ولايته عليه لان الاقرار على الغير لا ينفذ الا اذا
كان عن ولاية وهذا بخلاف ما اذا قال ما ذاب
لك على فلان فعلي فاقر فلان على نفسه بالف (اي يجب)
مثلا فانكر الكفيل ما اقر به حيث يلزمه ما اقر
به المطلوب استحسانا والقياس ان لا يلزمه
شيء لما بينا وجه الاستحسان انه تكفل بما يتقرر
له عليه في المستقبل وقد تقرر عليه باقراره
وهذا لانه تكفل بما يجب له عليه فيشترط
الوجوب عليه فيما ياتي باي طريق كان وفي
مسألة الكتاب تكفل بما عليه في الحال فاذا
اخبر الطالب او المطلوب بما عليه كان متهما فلا
يصدق ما لم يقم البينة ويصدق المطلوب
في حق نفسه لاقراره على نفسه كالمريض اذا اقر
بدين يرد اقراره في حق غرماء الصحة ويقبل

في حق

في حق نفسه حتى اذا اقتضى شيء من غرماء الصحة
كان للمقر له قال فان كفل بامره رجع بما ادى
عليه لانه قضى دينه بامره معناه اذا ادى (ما ضمن وكان المكفول عنه غير صبي محجور عليه وغير عبد محجور عليه اما اذا ادى صح)
خلافه بان كان الدين المكفول به جيدا
فادى رديا او بالعكس يرجع بالمال المكفول
به لا بما ادى لانه ملك الدين بالاداء فنزل
منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة او بالارث
بان مات الطالب والكفيل وارثه او وهبه
له حال حياته وهي جائزة للكفيل وان كانت
لا تجوز لغير من عليه الدين لانه ينتقل الدين
اليه بمقتضى الهبة ضرورة وله نقله بالحوالة
او يجعل كدينين للضرورة او نقول بوجوبه
عليه للضرورة فلا يجب عليه ان يسامح الاصيل
بخلاف المامور بقضاء الدين حيث يرجع بما
ادى ان ادى اردى من الدين وان ادى
اجود منه لا يرجع الا بالدين لانه لم يلتزم
ولم يجب عليه شيء في ذمته وانما ثبت له حق
الرجوع بالاداء بامره ولهذا لو وهب له الدين
لا يملكه فيرجع عليه بما ادى ما لم يخالف امره (رب الدين)
بالزيادة او باداء جنس اخر وبخلاف ما اذا صالح
على اقل من الدين وهو من جنسه حيث لا يرجع الا
بقدر ما ادى لان الصلح على الاقل ابراء فيكون ابراء
عنه لا تمليكا الا اذا صالحه على ان يهب الباقي

فقعد فحينئذ يرجع عليه بجميعه لانه ملك
الدين كله بعضه بالادا وبعضه بالهبة
واما اذا تكفل بامر الصبي او العبد المحجور
عليهما فلان الامر بالكفالة استقراض منه
من المامور واستقراضهما لا يصح ولا يوجب
الضمان وانما لزم الكفيل المال بالتزامه
لان صحة الكفالة تعتمد التزامه باختياره
لا امر الامر بخلاف الصبي والعبد الماذون
لهما لان امرهما بالكفالة بالمال وبالنفس
صحيح وان لم يملكا ان يتكفلا عن احد لكونه
تبرعا فيرجع عليهما الكفيل قال وان كفل
بغير امره لم يرجع لانه متبرع باداثه عنه
وفيه خلاف مالك رحمه الله قال ولا يطالب
الاصيل بالمال قبل ان يؤدي عنه لانه التزم
المطالبة وانما يتملك الدين بالادا فلا يرجع
قبل التملك بخلاف الوكيل بالشرا حيث يرجع قبل
الادا لان الوكيل من الموكل ينزل منزلة البايع
من المشتري فيما يرجع الى الحقوق لما انه
انعقد بينهما مبادلة حكمية حتى لو اختلفا
في مقدار الثمن تحالفا وكان للوكيل ولاية حبس
المبيع عن الموكل الى ان يوفي الثمن كما كان ذلك
للبايع اذ هو استفاد الملك من جهته فكذا له
ان يطالبه بالثمن قبل ان يودي كما كان للمشتري

ان

الكفيل بالامر

ان يطالب المشتري منه اذا باع المبيع قبل ان يوفي
الثمن الى البايع قال فان لوزم لازمه
اي ان لوزم الكفيل من جهة الطالب لازم هو
الاصيل حتى يخلصه وكذا اذا احبس له ان يحبسه
لانه هو الذي ادخله في هذه العهدة فلحقه
ما لحقه من جهته فيجازيه بمثله حتى يخلصه
من ذلك اذ تخليصه واجب عليه قال
ويبرا باداء الاصيل اي يبرا الكفيل باداء الاصيل
لان الاصيل يبرا بالادا وبراءته توجب براءة
الكفيل لانه ليس عليه دين في الصحيح وانما
عليه المطالبة فقط ويستحيل ان يبقى المطالبة
بدون الدين قال رحمه الله ولو ابرا الاصيل
او اخر عنه برئ الكفيل وتاخر عنه اي لو
ابرا الاصيل او اجل دينه برئ الكفيل وتاجل
الدين في حقه ايضا لما ذكرنا انه ليس عليه الا
المطالبة وهي تبع للدين فتسقط بسقوطه وتتاخر
بتاخره بخلاف ما اذا تكفل بشرط براءة الاصيل
ابتدا حيث يبرا الاصيل وحده دون الكفيل
لان الكفالة فيه صارت عبارة عن الحوالة
مجازا واللفظ اذا اريد به المجاز سقطت الحقيقة
فصار الكفيل محالا عليه وبراءة المحيل لا توجب
براءته على انه لا يبرا المحيل عن الدين فيها
في رواية والاحكام تشهد به الا ترى انه

الطالب

اذا توى يرجع عليه واذا مات المحيل كان المحتال
اسوة الغرما في المال المحتال به كان مات
وعليه دين له ولغيره بحصته ان الدين لم
يسقط فيهما بالاتفاق وانما تحول من ذمة
الى ذمة اما الدين او المطالبة على اختلاف
الروايتين وذلك لا يوجب سقوطه ولا سقوط
تبعه فلا يرد علينا اصلا قال ولا ينعكس
اي براة الكفيل لا توجب براة الاصيل ولا تاخيره
عنه يوجب التاخير عن الاصيل لان الكفيل
ليس عليه دين على ما بينا واسقاط المطالبة
او تاخيره لا يوجب سقوط الدين ولا تاخيره
الا ترى ان للدين وجودا بدونه ابتدا فكذا
بقا بخلاف ما اذا تكفل بالمال الحال موجلا الى
شهر اصلا حيث يتاجل عن الاصيل ايضا لانه لا
مطالبة على الكفيل حال وجود الكفالة فانصرف
الاجل الى الدين قال ولو صالح احدهما رب المال
عن الف على نصفه برا اي اذا صالح الاصيل او الكفيل
الطالب على خمسماية عن الالف التي عليه برا
الكفيل والاصيل اما اذا صالح الاصيل فظاهر
لانه بالصلح برا هو وبراته توجب براة الكفيل
على ما بينا واما اذا صالح الكفيل فلان اضافة
الصلح الى الالف اضافة الى ما على الاصيل لان
الكفيل ليس عليه دين وانما عليه المطالبة على

ما بينا فيبرا الاصيل عن الدين ضرورة اضافة
الصلح الى الالف فبراته توجب براة الكفيل
على ما بينا فاذا بريا عن خمسماية بصلح احدهما
ايهما كان فان ادى الكفيل الخمسماية الباقية
رجع على الاصيل بها ان كان بامره والا فلا
يرجع لما عرف ثم في هذه المسالة اربعة
اوجه اما ان يذكر في الصلح براتهما فيبريان
جميعا او براة الاصيل فكذلك الحكم او لم
يشترط شي فكذلك ايضا او شرط ان يبرا
الكفيل لا غير فيبرا هو وحده عن الخمسماية
والالف على حاله على الاصيل قال وان
قال الطالب للكفيل بريت الي من المال رجع
على المطلوب اي الكفيل رجع على المكفول
عنه لان هذا اقرار منه بالقبض من الكفيل
لان البراة التي يكون ابتداوها من الكفيل
وانتهاوها الى الطالب لا يكون الا بالايفا منه
فصار كانه قال دفعت الي او نقدتني او
قبضته منك فيرجع عليه ولا يرجع الطالب
على واحد منهما لاقراره بالاستيفا من الكفيل قال
وفي بريت او ابراتك لا اي في قوله للكفيل
بريت او ابراتك لا يرجع الكفيل على الاصيل
لانه لم يقر بالاستيفا منه لان قوله بريت
من غير ان يقول الي محتمل يحتمل انه برا بابرا به

ويحتمل انه برئ بالاداء فلا يثبت له الرجوع
بالشك وهذا عند محمد رحمه الله وقال
ابو يوسف رحمه الله يرجع عليه لانه لا يحتمل
الا البراءة بالقبض لانه اقر ببراءة ابتداؤها
من المطلوب لانه نسب البراءة اليه ولا يتصور
المطلوب ان يبرأ الا بالاداء بان يضع المال
بين يديه ويخلي بينه وبين المال فيبرأ بذلك
وان لم يوجد من الطالب صنع ولهذا الترتيب
في صك وقال برئ الكفيل من المال يكون
اقرارا منه بالقبض اجماعا فكذا هذا الا فرق
بينهما من حيث اللفظ وفرق محمد رحمه الله
بينهما ان الصك لا يكتب عادة الا اذا كانت
البراءة بالايفاء وان كانت بالابراء لا يكتب وقوله
ابرأتك ابتداء اسقاط لا اقرار منه بالقبض
~~اجماعا فكذا هذا الا فرق بينهما من حيث~~
~~اللفظ وفرق محمد رحمه الله بينهما ان الصك~~
~~لا يكتب عادة الا اذا كانت البراءة بالايفاء~~
~~وان كانت بالابراء لا يكتب وقوله ابرأتك ابتداء~~
~~اسقاط لا اقرار منه بالقبض~~ الا ترى انه
كيف نسب الفعل الى نفسه والكفيل لا يملك الدين
بالابراء فلا يرجع به على الاصيل بخلاف ما اذا
ادى او وهبه الطالب على ما مر وبخلاف الوكيل
بالشراء اذا ابرأ البائع عن الثمن حيث يرجع به على

الوكيل

الموكل لملكه ما في ذمته وهذا كله فيما اذا كان
الطالب غائبا وان كان حاضرا يرجع اليه
في بيانه في الكل اثباتا ونفيا اذا برأه ليزول
الاحتمال ويثبت حكمه قال ويبطل تعليق
البراءة من الكفالة بالشرط لان في الابراء معنى
التمليك كالابراء عن الدين وهذا على قول من
يقول بثبوت الدين على الكفيل ظاهر وكذا
على قول من يقول بثبوت المطالبة لا غير لان
فيها تمليك المطالبة وهي كالدين لانها وسيلة
اليه والتمليك لا يقبل التعليق بالشرط وقيل
يصح لان الثابت فيها على الكفيل المطالبة
دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا
كالطلاق والعتاق ولهذا لا يرتد ابراء الكفيل
بالرد لان الاسقاط يتم بالمسقط بخلاف التأخير
عن الكفيل حيث يرتد بالرد لانه ليس باسقاط
بل هو خالص حق المطلوب فيرتد بالرد وبخلاف
الابراء عن الدين لان فيه معنى التمليك قال
والكفالة بحد وقود ومبيع ومرهون وامانة
يعني الكفالة بهذه الاشياء باطلة اما الكفالة
باستيفاء الحد او القصاص فلان الكفالة انما
تصح بمضمون تجري النيابة في ايفائه ولا تجري
النيابة في العقوبات لان المقصود من شرعها
زجر المفسدين عن الفساد فلا يمكن اقامتها

على غير الجاني لعدم الفايدة واما الكفالة
بالمبيع والمرهون والامانات كلها فلان الكفالة
من شرط صحتها ان يكون المكفول به
مضمونا على الاصيل بحيث لا يمكنه ان
يخرج عنه الا بدفعه او بدفع بدله لان
الكفالة التزام المطالبة بما على الاصيل
فلا بد ان يكون واجبا على الاصيل ومضمونا
عليه حتى يتحقق معنى الضم والمبيع قبل
القبض ليس بمضمون بنفسه وانما هو
مضمون بالثمن الا ترى انه لو هلك
لا يجب عليه شي بل ينفسخ البيع وكذلك
الرهن غير مضمون عليه بنفسه وانما يسقط
دينه اذا هلك فلا يمكن ايجاب الضمان
على الكفيل وهو ليس بواجب على الاصيل
وكذا الامانات ليست بمضمونة على الاصيل
لا بعينها ولا بتسليمها وهي كالودايع والمضاربات
والشركات فلا يمكن جعلها مضمونة على الكفيل
فلا تصح الكفالة بها قال وصح لو ثمنا ومغصوبا
ومقبوضا على سوم الشرا ومبيعا فاسدا
يعني ان كان ثمن المبيع يجوز الكفالة لان الثمن
دين صحيح مضمون على المشتري والمغصوب
والمقبوض على سوم الشرا والمبيع في البيع
الفاسد مضمون عليه حتى اذا هلكت عنده

يجب

يجب الضمان عليه اذ القيمة تقوم مقامها فكن
ايجابه على الكفيل بخلاف الاعيان المضمونة
بغيرها كالمبيع والرهن وبخلاف الامانات
على ما تقدم ويجوز في الكل ان يتكفل
بتسليم العين سوا كانت مضمونة او
امانة لان تسليم العين واجب على الاصيل
فامكن التزامه فصار نظير التكفيل بالنفس
لانه ما دام قايما يجب عليه تسليمه وان
هلك برى الكفالة بالنفس وقيل ان كان
بتسليمه وان كان غير واجب كالوديعة
لا تجوز الكفالة بتسليمه لان التسليم غير
واجب عليه فلا يمكن ايجابه على الكفيل
قال وحمل دابة معينة مستاجرة
وخدمة عبد مستوجر للخدمة يعني لا يجوز
الكفالة بالحمل فيما اذا استاجر دابة
~~معينة للحمل عليها ولا بالخدمة فيما اذا~~
~~استاجر دابة معينة للحمل عليها ولا بالخد~~
فيما اذا استاجر عبدا للخدمة لان من شرطها
ان يكون قادرا على التسليم وهنا لا
يقدر لانه استحق عليه الحمل على دابة
معينة والكفيل لو اعطى دابة من عنده لا يستحق
الاجرة لانه اتى بغير المعقود عليه الا
ترى ان الموجر لو حمله على دابة اخرى

تسليمه واجبا على الاصيل كالعارية والاجارة جازت الكفالة صح

لايستحق الاجرة فصار عاجزا ضرورة
وكذا العبد للخدمة بخلاف ما اذا كانت
الدابة غير معينة لان المستحق على الموجر
الحمل والكفيل يقدر على ذلك بان يحمله
على دابة نفسه ولو تكفل بتسليم الدابة
فيما اذا كانت معينة جاز لما ذكرنا
في المبيع قال ولا تصح بلا قبول الطالب في
مجلس العقد يعني لا تصح الكفالة بلا قبول
المكفول له في مجلس العقد وقال ابو
يوسف رحمه الله تصح والخلاف في الكفالة
بالنفس والمال سواء وقيل عنده يشترط
القبول لكنه لا يشترط في المجلس بل
اذا بلغه بعد القيام من المجلس فاجاز
ذلك جاز ذكر قوله في المبسوط في موضعين
بشرط الاجازة في احدهما دون الاخر وجه
قوله الاول ان الكفالة التزام مطالبة من غير
ان يجب بمقابلته على غيره شي فيصح كالاقرار
وهذا لانه تصرف الزام في ذمته وله عليها
ولاية ولا ضرر على الطالب فيه فيتم به وحده
كالنذر ووجه قوله الثاني انه تصرف
للغير فيتوقف على رضاه كساير العقود
وعبارة الواحد عنده تقوم مقام عبارتين
وان كان فضوليا كما في نكاح الفضولي فانه

ينعقد

ينعقد عند الاذن بعبارتين كان كذلك
في الفضولي ولهما انه عقد تمليك فشطره
لا يتوقف على ما وراء المجلس كساير العقود
ولانه تبرع على الطالب بالالتزام وانشاء
سبب التبرع لا يتم بالمتبرع ما لم يقبله
المتبرع عليه كالهبة والصدقة ولا يمكن
جعل عبارته قائما مقام عبارتين
حتى يكون كقبولها لاخر لعدم ولايته عليه
صوابه قائمة
لتعين الالغا ولانه قد يكون ضررا عليه
بان يرا نفسه الاصيل الى من يرى براءته
من القضاة بالكفالة لان العلما مختلفون
فيها فيعود ضررا عليه فلا تصح بدون قبوله
بخلاف الاقرار لانه ليس بعقد وانما هو اخبار
عن شي واقع فيقبل فيه قوله في حق نفسه
اذ لم يتضمن اضرارا باحد قال الا ان تكفل
وارث المريض عنه يعني لا تجوز الكفالة
الا بقبول المكفول له في المجلس عندهما الا في
مسالة واحدة وهي ان يقول المريض لورثته
او لبعضهم تكفلوا عني بما علي من الدين لغرمائي
فتكفلوا عنه مع غيبة الغرما فانه جائز
استحسانا وان كان القياس يابا على
قولهما اذ لا يتم الا بقبوله فصار كما لو قال
ذلك في حالة الصحة وجه الاستحسان

بعبارة واحدة فكذا عند [illegible]
عدم الاذن وانما تاثير الاذن
عنده في اللزوم دون الانعقاد
الا ترى ان البيع لما كان ينعقد
عند الاذن ح

ان هذه وصية منه لورثته بان يقضوا دينه
ولهذا ايصح وان لم يسم المريض الدين وغرمائه
لان الجهالة لا تمنع صحة الوصية ولهذا قالوا
لا تصح اذا لم يخلف مالا ولان المريض في هذا
الخطاب قايم مقام الطالب لحاجته اليه
تفريغا للذمة بقضا الدين من تركته وهذا
لانه لما تعلق فيه حق الغرما والورثة
بماله صار كالاجنبي عن ماله (ای فی مرض) حتى لا ينفذ
تصرفاته فيه وتوجهت المطالبة على الورثة
بقضا ديونه من التركة فقام المطلوب في هذا
الخطاب مقام الطالب او نايبه (وهو المريض) كان الطالب
قال اضمن عن فلان او كانه حضر وقبل
وانما يصح بمجرد الطلب ولا يحتاج فيه الى القبول
لان قوله تكفلوا عني لا يراد به المساومة
في هذه الحالة وانما يراد به تحقيق الكفالة
فصار كالامر بالنكاح وثنيا اذا قال المريض
ذلك لاجنبي يصح الاجنبي بالتماسه فقيل لا يجوز
لان الاجنبي غير مطالب بدينه بدون الالتزام
فكان المريض في حقه والصحيح سوا فقيل يصح لان
المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى
دينه بامره يرجع به في تركته فيصح هذا من المريض
على ان يجعل قايما مقام الطالب لتضيق الحال عليه
لكونه على شرف الهلاك ومثل ذلك لا يوجد
من

من الصحيح فيو خذ فيه بالقياس قال وعن
ميت مفلس يعني لا يجوز الكفالة عن ميت
لم يترك مالا وعليه ديون وهذا عند ابي
حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله يجوز لما روي انه عليه الصلاة
والسلام اتى بجنازة رجل من الانصار فقال
هل عليه دين قالوا نعم درهمان او ديناران
فامتنع من الصلاة فقال صلوا على اخيكم (صاحبكم نخ)
فقام ابو قتادة رضي الله عنه (فقال هما علي يا رسول الله وفي رواية قال ذلك علي رضي الله عنه صح) فصلى عليه صلى
الله عليه وسلم ولان الدين واجب عليه
في حياته وهو لا يسقط عنه الا بالايفا او بالابرا
او انفساخ سبب الوجوب ولم يوجد
شي من ذلك فلا يسقط ولهذا يبقى في حق حكم
الاخرة ولو تبرع به انسان صح ولو لم يكن عليه دين
لما جاز للطالب اخذه من المتبرع وكذا يبقى اذا كان
به كفيل او ترك مالا ولهذا انه كفل بدين ساقط لان
الدين هو الفعل حقيقة يقال وجب عليه الدين
اي اداؤه كما يقال وجبت عليه الصلاة ويراد به
الادا والادا لا يتصور من الميت فيسقط سواء كان
له مال او لم يكن له مال في حق احكام الدنيا وصحة
الكفالة تقتضي قيام الدين في حق احكام الدنيا
وصحة الكفالة ليصح تحقيق معنى الكفالة وهو
ضم الذمة الى الذمة في حق وجوب المطالبة

والمطالبة ساقطة عن الاصيل فلا يمكن ايجابها
على الكفيل تبعا اذ لا يضم الموجود الى المعدوم
الا انه في الحكم مال لانه يؤول اليه اذ الوجوب
لاجله وقد يعجز عن الاداء بنفسه وبخلفه من
المال والكفيل ففات المقصود وهو الاستيفاء
فلا يبقى والتبرع لا يعتمد قيام الدين لانه
تبرية في حق الاخرة ولان الدين باق في حق
الطالب لانه امر بينهما واما الكفالة فامر
بين الكفيل والاصيل لانه التزم ما على الاصيل
وما رويناه كان اقرارا منه بانه كان كفيلا
عنه قبل الموت ويحتمل ان يكون وعدا منه لا كفالة
فحاصله انه حكاية حال فلا يمكن الاحتجاج
به ولا يقال لو سقط الدين لبرئ الكفيل لان براءته
توجب براءة الكفيل فلما لم يبرأ علم ان عليه
دينا فيجوز ابتداء الكفالة به ايضا لانا نقول
الكفيل خلف عنه فلا يبرأ ونقول الدين
في حق الطالب لا يسقط لان سقوطه ضروري
فلا يتعدى المطلوب قال **وبالثمن للموكل ولرب
المال** اي لا يجوز الكفالة بالثمن للموكل ولا لرب
المال معناه اذا وكل رجل رجلا ببيع شيء فباعه
الوكيل ثم ضمن الثمن للموكل عن المشتري او
ضمن مضارب لرب المال ثمن متاع باعه عن
المشتري لم يجز لان حق القبض الى الوكيل

والمضارب

والمضارب بجهة الاصالة في البيع ولهذا لا يبطل
بموت الموكل او بموت رب المال وبعزله ولو
وكل الموكل او رب المال بقبض الثمن ثم عزله
صح عزله لان الثمن وجب للوكيل او المضارب
على المشتري اذ حقوق العقد راجعة الى
العاقد وكذا المضارب لو وكل رب المال
بقبض الثمن له عزله لانه العاقد فترجع
الحقوق اليه والعاقد لغيره في حق الحقوق
كالعاقد لنفسه ولهذا اختصت المطالبة
به ولو حلف المشتري ما للموكل عليه شيء كان بارا
في يمينه ولو حلف ما للوكيل عليه شيء حنث
فاذا ثبت ان الوكيل اصيل في القبض فاذا ضمن
صار ضامنا لنفسه فلا يجوز بخلاف الرسول
والوكيل ببيع الغنائم من جهة الامام والوكيل
بالتزويج حيث يصح ضمانهم بالثمن والمهر
لان كل واحد منهم سفير ومعبر حتى لو نهاهم
الامر عن قبض البدل صح نهيه ولانهما امينان
(اي الوكيل والمضارب)
في الثمن شرعا واشتراط الضمان عليهما تغيير
لحكم الشرع فلا يجوز نصا ونظيره من سلم في اخر
الصلاة يريد به قطع الصلاة وعليه سجود
السهو فانه يرد عليه قصده حتى كان له ان
يسجد للسهو ما لم يفعل منافيا في الصلاة قال
وللشريك اذا بيع عبد صفقة اي اذا باع رجلان

اي وبطلت الكفالة للشريك

عبد امشتركا بينهما من رجل صفقة واحدة وضمن
احدهما لشريكه نصيبه من الثمن لا يجوز لانه
يصير ضامنا لنفسه لانه ما من جزء يؤديه
المشتري او الكفيل من الثمن الا ولشريكه فيه
نصيب ولانه يؤدي الى قسمة الدين قبل
القبض وانه لا يجوز اذ القسمة عبارة عن
الافراز والحيازة وهو ان يصير كل واحد
منهما مفرزا في حيز على حدة وذا لا يتصور في
في غير العين لان الفعل الحسي يستدعي محلا حسيا
والدين حكمي فلا يرد عليه الفعل الحسي فاذا لم
تصح قسمته يكون كل شيء يؤديه الى شريكه
مشتركا بينهما فيرجع المؤدي بنصف ما ادى
لكونه مشتركا بينهما ثم يرجع ايضا بنصف
الباقي الى ان لا يبقى في يده شيء فيؤدي تجويزه
ابتداءً ابطاله انتهاءً بخلاف ما اذا باعا صفقتين
بان سمى كل واحد منهما لنصيبه ثمنا حيث يصح
ضمان احدهما فيه للاخر لان نصيب كل واحد
منهما ممتاز عن نصيب الاخر فلا شركة
الا ترى ان المشتري لو قبل نصيب احدهما
ورد نصيب الاخر صح وكذا لو قبل الكل ونقد
حصة احدهما للبائع قبض نصيبه ولهذا لو
(وهي العبارة للنقود)
استوفى احدهما نصيبه من المشتري او بعضه
لا يشاركه الاخر في المقبوض الا ان يشاركه ولو

تبرع

(من الوكيل والمضارب والشريك)

تبرع بالاداء يعني بعده الفضولي من غير ضمانه
جاز لان التبرع لا يتم الا بالاداء وعنده الاداء
يصير مسقطا حقه في المشاركة فيصح وامتناع
الكفالة لا يدل على امتناع التبرع الا ترى ان
الكفالة ببدل الكتابة لا يجوز ويجوز التبرع
به قال رحمه الله **وبالعهدة** اي لا يجوز
الكفالة بالعهدة وصورتها ان يشتري عبدا
من رجل مثلا فيضمن للمشتري رجل بالعهدة
وانما لا يجوز لان العهدة اسم مشترك قد يقع
على الصك القديم لانه وثيقة بمنزلة كتاب
العهدة وهو ملك البايع ولا يلزمه التسليم
فاذا ضمن تسليمه الى المشتري فقد ضمن
ما لا يقدر عليه فلا يصح ويطلق على العقد
لانها مأخوذة من العهد والعقد والعهد
واحد وعلى حقوق العقد لانها من ثمرات العقد
وعلى الدرك وعلى خيار الشرط ففي الخبر عهدة
الرقيق ثلاثة ايام اي خيار الشرط فيه
فتعذر العمل بها قبل البيان فبطل الضمان
للجهالة بخلاف الدرك فان ضمانه صحيح
لانه عبارة عن ضمان الثمن عند استحقاق
المبيع وهو معلوم مقدور التسليم ولا يقال
ينبغي ان يصرف الى ما يجوز الضمان به وهو
الدرك تصحيحا لتصرفه لانا نقول فراغ الذمة

اصل فلا يثبت الشغل بالشك والاحتمال
قال والخلاص اي لا تجوز الكفالة بالخلاص
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله يجوز لان تفسيره عندهما
تخليص المبيع ان قدر عليه ورد الثمن ان لم
يقدر عليه وهذا ضمان الدرك في المعنى
وابو حنيفة رحمه الله يقول تفسيره
تخليص لا محالة وهو لا يقدر على ذلك لان المستحق المبيع ظ
لا يمكنه منه ولو ضمن تخليص المبيع او رد الثمن
جاز لانه ضمن ما يمكن الوفاء به وهو تسليم
المبيع ان اجاز المستحق البيع او رد الثمن
ان لم يجز قال ومال الكتابة اي لا تجوز
الكفالة بمال الكتابة لانه دين ثبت مع
المنافي وهو دين المولى على مملوكه فلا يظهر في
حق الكفالة ولانه مخير بين ان يعجز نفسه
وبين ان يؤدي فلا يفيد ايجابه على الكفيل
على هذه الصفة لعدم الفائدة واثباته
مطلقا ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد
ولان على الاصيل اداء ملك المولى من وجه
والكفيل لا يجد هذا المال وهذا كالمكاتب اذا
اعتق يبرأ عن بدل الكتابة لان عليه اداء مال
هو ملك المولى من وجه ولا يجد ذلك بعد
العتق ولا يمكن ايجاب الزيادة عليه فسيرا

فصل

فصل ولو اعطى المطلوب الكفيل قبل ان يعطي
الكفيل الطالب لا يسترده منه اي لو قضى
المكفول عنه الدين للكفيل قبل ان يعطي
الكفيل المكفول له ليس للمكفول عنه ان
يسترده منه لانه تعلق به حق القابض على
احتمال قضائه الدين فلا يسترجع منه
ما دام هذا الاحتمال باقيا كمن عجل الزكاة
ودفعها الى الساعي وكمن اشترى شيئا بشرط
الخيار ونقد الثمن قبل مضي مدة الخيار
ثم اراد ان يسترد قبل نقض البيع ليس له
ذلك لان الدفع كان لغرض وهو ان يصير
زكاة وثمنا عند مضي الحول ومضي مدة الخيار
فما دام هذا الاحتمال باقيا لا يسترد ولانه
اي الكفيل ملكه بالقبض لان المطلوب دفعه اليه على
وجه القضاء واخذه الكفيل على وجه الاقتضاء
بان قال له وقت الدفع اني لا آمن ان يأخذ
الطالب حقه منك فانا اقضيك المال قبل ان
تؤديه بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة
بان قال الاصيل للكفيل خذ هذا المال وادفعه
الى الطالب حيث لا يصير المؤدى ملكا للكفيل
بل هو امانة في يده ولكن لا يكون للاصيل ان
يسترده من يد الكفيل لانه تعلق بالمؤدى حق
الطالب وهو بالاسترداد يريد ابطاله فلا يمكن

سنه ما لم يقبض دينه كالمسالة الاولى ولانه
بالكفالة وجب للكفيل على المطلوب حق كما وجب
على الكفيل للطالب ولهذا لو اخذ الكفيل من الاصيل
رهنا به جاز وكذا لو ابرا الكفيل الاصيل من هذا
الدين او وهبه له قبل ان يدفع الى الطالب جاز
حتى لو ادى عنه بعد ذلك لا يرجع عليه فثبت
بهذا ان للكفيل دينا على الاصيل الا انه
ليس له ان يرجع عليه حتى يودي عنه فصار
نظير الدين المؤجل فانه بالاستعجال يملكه
فكذا هذا ثم بالاسترداد يكون نقضا لما تم
من جهته فلا يمكن منه قال وما ربح الكفيل
له اي اذا ربح الكفيل بالمال الذي قبضه من
المطلوب قبل ان يعطي هو للطالب طاب له الربح لانه
ملكه بالقبض فكان الربح بدل ملكه ولا يتصدق
به سوا قضى الدين هو او الاصيل لانه بالكفالة
وجب له على الاصيل دين الا انه تاخر مطالبته حتى
يدفع فنزل منزلة الدين المؤجل فيملكه بالقبض
على ما بينا في البيوع وان قضى الكفيل فلا خبث
فيه بالاجماع هذا اذا قبضه على وجه الاقتضا وان
قبضه على وجه الرسالة لا يطيب له الربح على قول
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لعدم الملك وعلى
قول ابي يوسف يطيب لعدم التعيين واصل
الخلاف في الربح بالدراهم المغصوبة قال رحمه

الله

على ما بينا الا ان فيه نوع خبث اذا قضى الاصيل الدين عند ابي حنيفة رحمه الله ... [illegible]

الله ونُدب رده على المطلوب لو شيئاً يتعين
يعني يستحب رد الربح على المكفول عنه اذا كان
المقبوض شيئا يتعين كالحنطة والشعير وهذا
اذا قضى الاصيل الدين وهو قول ابي حنيفة رحمه
الله وعنه انه يتصدق به وقال لا يطيب له
الربح وهو رواية عنه لانه ملكه بالقبض
على ما بينا ولو قضى دينه وربح فيه وله ان
الخبث تمكن مع الملك فيما يتعين لان اقتضاه
قاصرا لا ترى ان المكفول عنه بسبيل من قضا
دينه واسترداد العين المقبوضة فلا يخلو
عن الشبهة فاذا لم يطب له يتصدق به في رواية
على الفقرا وفي رواية يرده على الاصيل لان
الكراهية لحقه فان كان الاصيل فقيرا يطيب
له وان كان غنيا ففيه روايتان والاشبه انه
يطيب له هذا اذا اعطاه على وجه القضا لدينه
وان دفع اليه على وجه الرسالة لا يطيب له
الربح بالاتفاق لانه لا يملكه ويتعلق العقد
بعينه لتعينه فتكون الحرمة فيه حقيقة
كالمغصوب المعين اذا ربح فيه بخلاف ما لا يتعين
عند ابي يوسف رحمه الله وقد بيناه قال
ولو امر كفيله ان يتعين عليه حريرا ففعل
فالشرا للكفيل والربح عليه وتفسيره ان الاصيل
امر الكفيل ببيع العينة وهو ان يقول له اشتر

المتعجل

من قبل ح

من الناس حريرا او غيره من الانواع ثم ربحه (ای رنجه) فاربحه البايع منك وخسرته انت فعلی
وصورته ان ياتی هو الی التاجر فيطلب منه
القرض ويطلب التاجر الربح ويخاف من
الربا فيبيعه التاجر ثوبا يساوی عشرة
مثلا بخمسة عشر نسيئة ليبيعه هو فی السوق
بعشرة فيحصل الی العشرة ويجب عليه للبايع
خمسة عشر الی اجل او يقرضه خمسة عشر
درهما ثم يبيعه المقرض ثوبا يساوی
عشرة بخمسة عشر فياخذ الدراهم التی اقرضه
علی انها ثمن الثوب فيبقی عليه الخمسة عشر
قرضا فاذا فعل ذلك نفذ عليه والربح
الذی ربحه التاجر يلزمه ولا يلزم الآمر
من ذلك شیء لانه اما ضامن لما يخسره كما
قاله بعضهم نظرا الی قوله علی لانها للوجوب
فلا يجوز كما لو قال لرجل بايع فی السوق
فما خسرت فعلی واما توكيل بالشرا كما قاله
البعض نظرا الی الامر به فلا يجوز ايضا
لجهالة نوع الحرير وثمنه وسمی هذا النوع
من البيع عينة لما فيه من السلف يقال باعه
بعينة ای نسيئة من عين الميزان وهو
ميله لانها زيادة وقيل لانها بيع العين
بالربح وقيل هی شراء ما باع باقل ما باع وقيل

لما فيه من الاعراض عن الدين الی العين
وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة
الاقراض مطاوعة لشح النفس وهذا النوع
مذموم شرعا اخترعه اكلة الربا وقال
عليه الصلاة والسلام اذا تبايعتم بالعين
واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم
عدوكم قال ومن كفل عن رجل بما ذاب له
عليه او بما قضی له عليه فغاب المطلوب فبرهن
المدعی علی الكفيل ان له علی المطلوب الفا لم
يقبل لانه كفل بما لا يجب فی المستقبل بالقضا
او بای سبب كان وذلك لم يوجد لان القضا
علی الغايب لا يجوز فلم يوجب شيا فلم يوجد
شرطه ولهذا لو اقر الكفيل علی الاصيل
بالف درهم لا يجب علی الكفيل لان اقراره
لا يوجب علی الاصيل وشرط لزوم الكفيل
فی هذه الكفالة الوجوب علی الاصيل فكذا
القضا وهو غايب ولانه يحتمل ان يكون واجبا
قبل الكفالة فلا يجب عليه ويحتمل ان يكون
واجبا بعده فيجب عليه فلا يدخل تحت الكفالة
بالشك حتی لو ادعی الوجوب بعد الكفالة
بان قال حكم لی عليه القاضی فلان بكذا بعد
الكفالة واقام البينة قبلت بينته لانه ادعی
عليه ما لا دخل فی الكفالة ولزمها المال

معنی ذاب ما قضی له فی المستقبل
ويجب فی المستقبل وان كان لفظه
ماضيا ومعناه مضارع

قال **ولو برهن أنّ له على زيد كذا وان هذا كفيل عنه**
بامره قضى له عليهما ولو بلا امر قضى على الكفيل فقط
اي لو احضر شخصًا عند القاضي فاقام البينة
ان له على زيد الغايب الف درهم وان هذا الشخص
كفيل عنه بامره قبلت البينة عند القاضي وقضى
على الاصيل والكفيل جميعًا ولو اقام البينة انه
كفل عنه بغير امره قضى على الكفيل فقط ولا يقضى
على الغايب لان المدعا هنا مال مطلق فامكن
اثباته بخلاف ما تقدم على ما بيناه وانما يختلف
بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة
بامره تبرع ابتداءً ومعاوضة انتهاءً وبغير امره
تبرع ابتداءً وانتهاءً فالقضا باحدهما لا يكون قضاءً
بالاخر واذا قضى بها بالامر ~~ولو اقضى بها بالامر~~ ثبت
وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيًا عليه
والكفالة بغير امر لا تمس جانبه لان صحتها تعتمد
قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي
الكفالة بامره يرجع الكفيل بما ادى على الامر وقال
زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما انكر الكفالة
فقد ظلم في زعمه فليس له ان يظلم غيره ونحن
نقول صار مكذبًا شرعًا فبطل زعمه فيرجع عليه
كما يرجع المشتري على البايع بالثمن اذا استحق
المبيع وان كان في زعمه ان البيع صحيح لما قلنا
فان قيل كيف يقضى على الغايب اذا كانت الكفالة

بامره

بامره والقضا على الغايب لا يجوز عندنا قلنا
اذا لم يتوصل الحجة على الحاضر الا باثباته
على الغايب يجوز القضا على الغايب كما اذا ادعى
عبدٌ ان الحاضر اشتراه من مولاه الغايب ثم
اعتقه فانكر الحاضر الشرا والاعتاق كان الحاضر
خصمًا عن مولاه حتى اذا اثبت العبد الشرا والعتق
نفذ على الغايب حتى اذا حضر ليس له ان يدعيه
قال **وكفالته بالدرك تسليم** معناه اذا باع
رجل دارًا مثلًا فكفل رجل للمشتري عن البايع
بالدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق
المبيع فكفالته تسليم للمبيع واقرار منه انه
لا حق له فيها حتى لو ادعى ان الدار ملكه او ادعى
فيها حتى لو ادعى ان الدار او ادعى فيها الشفعة
او الاجارة لا يسمع دعواه لان الكفالة ان كانت
مشروطة في البيع توقف جوازه على قبول
الكفيل الكفالة في المجلس فاذا قبل وابرم بقبوله
ثم ادعى الملك او غيره صار ساعيًا في نقض ما تم
من جهته مثل سعيه في الحياة الدنيا وان لم تكن
مشروطة في البيع فالمطلوب من هذه الكفالة اتمام
البيع واحكامه لان لا يرغب فيها المشتري
الا بالكفالة لتخوفه من الاستحقاق فيكون اقرارًا
منه بان البايع مالك لها وقت البيع فلا يسمع
دعواه بعد ذلك قال **وشهادته وختمه لا**

ومن سعى في نقض ما تم من جهته

اي كتابة شهادته وختمه لا يكون تسليما حتى اذا
ادعاه بعده يقبل دعواه لان الشهادة ليس
فيها ما يدل على انه اقر للبائع بالملك اذ البيع
يوجد من غير المالك كما يوجد من المالك ولعله
كتب الشهادة ليحفظ الواقعة او لينظر في البيع
حتى اذا راى فيه مصلحة اجازه وليس فيما يدل
على نفاذه بخلاف ضمان الدرك لان مقصوده
الابرام على ما بينا حتى لو شهد هنا ايضا عند
الحاكم بالبيع وقضى بشهادته ولم يقبض يكون تسليما
حتى لا يسمع دعواه بعد ذلك لان الشهادة بالبيع
على انسان اقرار منه بنفاذ البيع باتفاق
الروايات لان العاقل يريد بتصرفه الصحة
فيصير كانه قال باع وهو يملكه او باع بيعا
باتا نافذا وكتب في الشهادة كذلك من غير ان يقول
فيه على زعم المتعاقدين او اقرا ربما فيكون بدعواه
بعده مناقضا بخلاف مجرد الكتابة في الصك لانه
لا يتعلق به حكم وانما هو مجرد اخبار وهو لو اخبر بان
فلانا باع شيئا كان له ان يدعيه وقوله وختمه
وقع اتفاقا باعتبار عادتهم فانهم كانوا يختمونه
بعد كتابة اسمايهم على الصك خوفا من التغيير
والتزوير والحكم لا يختلف بين ان يكون الصك
مختوما او غير مختوم قال ومن ضمن عن آخر خراجه
او رهن به او ضمن نوايبه وقسمته صح اما الخراج

فلانه

فلانه دين له مطالب من جهة العباد فصار
كسائر الديون وهذا لانه يجب حقا للمقاتلة
بدلا عن الذب والاستحفاظ والمحاماة عن بيضة
الاسلام فكان (اي الدفع) بمنزلة الاجرة بخلاف الزكاة
في الاموال الظاهرة لان الواجب فيها جزء من
النصاب وهو عين غير مضمون بدليل انه لو هلك
لا يوخذ منه شيء والكفالة باعيان غير مضمونة
لا تجوز ولان الواجب فيها فعل هو عبادة والمال
محله ولهذا لا يوخذ من تركته بعد موته
الا بوصية فلا تجوز الكفالة بها كسائر العبادات
ثم قيل المراد بالخراج الخراج الموظف وهو
الذي يجب في الذمة بان يوظف الامام كل
سنة في ماله على ما يراه لا الخراج المقاسمة
وهو الذي يقسمه الامام من غلة الارض لانه غير
واجب في الذمة فلم يكن في معنى الدين والرهن
كالكفالة لان كل واحد منهما للتوثق فيجوز في
كل موضع تجوز الكفالة فيه واما النوايب فقد
اختلفوا في صورتها فقال بعضهم اريد بها
ما يكون بحق كاجرة الحراس وكري النهر المشترك
والمال الموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسارى
وقال بعضهم اريد بها ما ليس بحق كالجبايات
التي في زماننا تاخذها الظلمة بغير حق فان
كان مراد المصنف هو الاول جازت الكفالة

به بالاتفاق لانه واجب مضمون وان كان مراده
الثاني ففيه اختلاف المشايخ فقال بعضهم لا يجوز
الكفالة به شمس صدر الاسلام البزدوي لان الكفالة
اي فخر الاسلام علي البزدوي
ضم ذمة الى ذمة في المطالبة او في الدين وهنا لا دين
ولا مطالبة على الاصيل فلا يتحقق معنى الضم وقال
بعضهم يجوز شمس فخر الاسلام علي البزدوي
رحمه الله لانها في المطالبة مثل سائر الديون
بل فوقها والعبرة في باب الكفالة للمطالبة
لانها شرعت لالتزامها ولهذا قلنا ان من قام
بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط
يوجر وان كان الاخذ بالاخذ ظالما وقلنا
ان من قضى نائبة غيره بامره رجع عليه وان
لم يشترط الرجوع كمن قضى دين غيره بامره
واما القسمة فقد قيل هي ما اصاب الواحد
من النوائب لان القسمة هي النصيب قال الله
تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم والمراد بها النصيب
وقيل هي النوائب بعينها غير ان القسمة
ما يكون راتبا والنوائب ما ليس براتب وانما
يوظفه الامام عند الحاجة اذا لم يكن في بيت
المال شيء وقد بينا ما هو جائز بالاجماع وما
هو مختلف فيه وقال ابو بكر بن ابي سعيد هذا
اللفظ وقع غلطا لان القسمة مصدر والمصدر
فعل وهذا مضمون وقيل هي ان يمتنع احد

صوابه غير مضمون

الشريكين

الشريكين فتسلم صاحبه والرواية بالودي لاحد
المذكورين وفي الاباحة تعم وكذا في المغني
قال **ومن قال لآخر ضمنت لك عن فلان**
مائة الى شهر فقال هي حالة فالقول للضامن
يعني انه اذا اقر انه كفيل بدين عن فلان
وادعى الاجل فصدقه المقر له وهو الطالب
في الدين وكذبه في الاجل كان القول قول المقر
لانه اقر له بثبوت حق المطالبة بعد شهر
والمقر له يدعي عليه المطالبة في الحال وهو ينكر
فكان القول قوله بخلاف ما اذا اقر بالدين
الموجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في الاجل
حيث يكون القول فيه قول المقر له لان المقر اقر
بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو الاجل فلا يقبل
قوله بلا بينة ولان الاجل في الكفالة نوع حتى
يثبت فيها من غير شرط بان كان الدين موجلا
على الاصيل وفي الدين عارض حتى لا يثبت الا
بشرط فكان القول لمن ينكر العوارض وفي النوع
القول للمقر لانه صفة للدين وقال الشافعي
رحمه الله القول للمقر فيهما لان الاجل وصف
فيهما يقال دين موجل وحال وفي الاوصاف
القول للمقر وقال ابو يوسف رحمه الله القول
للمقر له في الفصلين رواه عنه ابراهيم بن يوسف
لان المقر قد اقر له بحق ثم ادعى تاخيره فلا يصدق

الا بحجة لانه ادعى ان له على صاحبه حقا وهو
التأخير الا ترى انه لو اقر بالكفالة على انه
بالخيار جاز اقراره بالكفالة وبطل الخيار
لما قلنا وعن هذا الفرق بين الفصلين
وبين هذا الخيار لان الخيار معنى يبطل
الكفالة فلا يصدق بما يبطلها بعد الاقرار
بها بخلاف الاجل لانه ليس بابطال وانما هو
نوع في الكفالة على ما بينا وما قاله الشافعي
رحمه الله ان الاجل وصف للدين لا يستقيم
لانه ليس بصفة للدين في الحقيقة وان كان
وصفا له لفظا الا ترى ان الدين حق الطالب
والاجل حق المطلوب ولو كان وصفا له لما اختلف
مستحقهما كالجودة والرداءة فيه والحيلة
فيما اذا كان عليه دين مؤجل وادعى عليه
وخاف الكذب ان انكر والمؤاخذة في الحال
ان اقر يقول للمدعي هذا الذي تدعيه من
المال حال ام مؤجل فان قال مؤجل فلا دعوى
عليه في الحال وان قال حال فينكره وهو
صدوق فلا حرج عليه وقيل من عليه الدين
مؤجلا اذا انكر الدين وقيل ليس له قبلي اليوم
حق فلا بأس به اذا لم يرد اتواء حقه قال
ومن اشترى امة وكفل له رجل بالدرك فاستحقت
لم يأخذ المشتري الكفيل حتى يقضى له بالثمن

يحا

١٩٦

على البائع لان الكفالة بالدرك هو ضمان الثمن
عند خروج المبيع عن ملكه بالاستحقاق وهو
لم يخرج عن ملكه ما لم ينفسخ البيع ويحكم على
البائع برد الثمن على المشتري وبمجرد الاستحقاق
لا ينفسخ ولهذا لو اجاز المستحق البيع قبل الفسخ
جاز فلو كان منتقضا لما جاز فاذا لم ينتقض لم يجب
الثمن على البائع ولم يخرج عن ملكه لان بدل
المستحق مملوك الا ترى انه لو كان ثمنها عبدا
فاعتقه البائع في هذه الحالة عتق وكذا لو كان
المشتري باع الجارية من انسان فاستحقت من
يد الثاني ليس للمشتري الاول ان يرجع على بائعه ما لم
يقض عليه بالثمن للثاني كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد
فاذا حكم الحاكم بالثمن عليه انتقض وسقط احتمال
الاجازة ولزم البائع رد الثمن فيلزم كفيله ضرورة
بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية
فيرجع على البائع والكفيل به وعن ابي حنيفة رحمه
الله ان البيع ينتقض بمجرد الاستحقاق لان الخصومة
من المستحق وطلب الحكم من القاضي دليل النقض
فينتقض به البيع كما ينتقض بالنقض صريحا فلا يعمل
اجازة المستحق بعد ذلك وعن ابي يوسف رحمه
الله مثله فعلى هذا يرجع به عليه بمجرد القضاء
بها له وعن ابي يوسف رحمه الله انه ان اخذ
العين بعد الحكم ينفسخ البيع لان اخذه دليل

الفسخ والظاهر هو الاول والله اعلم بالصواب
واليه المرجع والماب وهو حسبي ونعم الوكيل

باب كفالة الرجلين والعبدين

قال رحمه الله **دين عليهما وكل كفيل عن صاحبه**
فما اداه احدهما لم يرجع به على شريكه
فان زاد على النصف رجع بالزيادة معناه
اذا كان لرجل دين على اثنين بان اشتريا منه
عبدا وتكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما اداه
احدهما لا يرجع به على شريكه حتى يزيد
ما يوديه على النصف فيرجع بالزيادة لان
كل واحد منهما في النصف اصيل وفي النصف
كفيل فما يوديه ينصرف الى ما عليه اصالة
اذ لا معارضة بين ما عليه بطريق الاصالة
وبين ما عليه بطريق الكفالة لان الاول دين
ومطالبة والثاني مطالبة فقط فلا يعارض الاول
وكذا سبب الاول وهو الشرا اقوى من سبب
الثاني وهو الكفالة ولهذا ينفذ الاول من المريض
من جميع ماله وان كان عليه دين والثاني
لا ينفذ الا من الثلث بشرط ان لا يكون عليه دين وان
كان عليه دين مستغرق لا ينفذ اصلا فكان اكد
فلا يعارضه الضعيف وهذا نظير ما لو اشترى
ثوبا وفضة بفضة فقبضهما وقبض الاخر
من الفضة الخالصة قدر فضته ثم افترقا قبل

قبض

قبض الباقي يجعل المقبوض من الصرف لان الصرف
اقوى واكد حتى اوجب القبض قبل الافتراق
ولان الكفالة توجب المطالبة وهي تبع للدين
فلا معارضة بين الاصل والتبع ولانه
لو وقع في النصف عن صاحبه كان لصاحبه
ايضا ان يرجع عليه بان يجعل المودى عنه لان
المودى نائبه واداء نائبه كادائه فيودي
الى الدور فيسقط ولا معارضة فيما زاد على
ما عليه بطريق الاصالة ولا دور فيرجع
عليه به ولو كان ما عليه موجلا وما على
صاحبه حالا صح تعيينه لانه لا معارضة
اذ لا يجب ما عليه في الحال وليس لشريكه ان
يرجع عليه لان الكفيل اذا عجل دينا موجلا
ليس له ان يرجع على الاصيل قبل حلول الاجل
وكذا لو كفل احدهما عن صاحبه دون الاخر
وادى الكفيل جعله عن صاحبه يصدق وهي
واردة على مسالة الكتاب قال **وان كفلا**
عن رجل تكفل كل عن صاحبه فما ادى رجع بنصفه
على شريكه او بالكل على الاصيل معناه اذا كان
على رجل الف درهم دين مثلا تكفل عنه
رجلان كل واحد منهما بجميعه على الانفراد ثم
كفل كل واحد من الرجلين عن صاحبه بما
لزمه بالكفالة لان الكفالة عن الكفيل جايزة

كما يجوز عن الاصيل فما ادى احدهما رجع بنصفه
على صاحبه ثم يرجعان على الاصيل ان شاءا
وان شاء رجع هو بالكل على الاصيل لانهما عليهما
مستويان فلا ترجيح للبعض على البعض اذ الكل
كفالة فيكون المؤدى شائعا عنهما فيرجع بنصفه
على شريكه اذ لا يؤدي الى الدور لان قضية
الاستواء قد حصل برجوع احدهما بنصفه وليس
لصاحبه ان ينقض الاستواء بالرجوع عليه
مراعاة لما اقتضاه العقد اذ الاستواء في السبب
يوجب الاستواء في الحكم وهو الغرم بخلاف
المسألة الاولى لان الترجيح فيها حاصل
من الابتداء فلا يعتبره الرجوع فيؤدي الى الدور
ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه
دينه بامره احدهما بنفسه والاخر بنائبه وان
شاء المؤدي رجع بالجميع على الاصيل لانه كفل بالجميع
بامره هذا اذا تكفل كل واحد منهما عن الاصيل
بجميع الدين على التعاقب ثم كفل كل واحد منهما عن
صاحبه بالجميع واما اذا تكفل كل واحد منهما بالنصف
ثم تكفل كل واحد منهما عن صاحبه فهي كالمسألة
الاولى في الصحيح حتى لا يرجع على شريكه بما ادى ما لم
يزد على النصف وكذا لو تكفلا عن الاصيل بجميع
الدين معا ثم تكفل كل واحد منهما عن صاحبه لان
الدين ينقسم عليهما نصفين فلا يكون كفيلا عن

الاصيل

١٩٦

وكذا لو

هذه المسئلة عين المسئلة التي تقدمت في اوائل الباب

الاصيل بالجميع تبعا فيها ثم كفل كل واحد
منهما عن الاصيل بالجميع متعاقبا ثم كفل كل
واحد منهما عن صاحبه بالنصف قال **وان ابرا
الطالب احدهما اخذ الاخر بكله** لان ابراء الكفيل
لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل
والاخر كفيل عنه بكله فيأخذه به قال **ولو افترق
المتفاوضان اخذ الغريم ايهما شاء بكل الدين** لان
كل واحد منهما كفيل عن الاخر على ما بينا في الشركة
قال **ولا يرجع حتى يؤدي اكثر من النصف**
لما بينا من الوجهين في كفالة الرجلين قال
**وان كاتب عبديه كتابة واحدة وكفل كل
عن صاحبه وادى احدهما رجع بنصفه** وهذا
استحسان والقياس ان لا يجوز لان فيه كفالة
المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل واحد منهما
بانفراده باطل وعند الاجتماع اولى فصار كما
اذا اختلفت كتابتهما وجه الاستحسان ان تصرف
الانسان يجب تصحيحه بقدر الامكان وقد
امكن تصحيح هذه الكفالة بان يجعل المال كله
على كل واحد منهما في حق المولى وفي حق نفسه وعتق
الاخر معلق بادائه فيطالب المولى كل واحد منهما
بجميع المال بحكم الاصالة لا بحكم الكفالة فايهما ادى
عتق وعتق الاخر تبعا له كما في ولد المكاتب لكن كل
واحد منهما كفيل في حق صاحبه لان المال في الحقيقة

مقابلتهما حتى انقسم عليهما فصارت كفالته بما
عليه اصالة وكفالة المكاتب بما عليه اصالة
جايزة فكان كل واحد منهما اصيلا في الكل كفيلا
عن صاحبه في حق صاحبه بالكل ولا يظهر الكفالة
الا في حق صاحبه لانها ضرورية فيتقدر بقدرها
حتى يكون مطالبة المولى كل واحد منهما بجميع
المال بحكم الاصالة لا بحكم الكفالة فاذا ادى
احدهما شيا وقع عن كل البدل لئلا يقع نصف
ذلك عن صاحبه لاستوايهما فيرجع به عليه ولو
رجع بالكل لا يتحقق المساواة بخلاف ما اذا اختلفت
كتابتهما لان عتق كل واحد منهما تعلق باداء المال
على حدة وهو صحيح في نفسه فلا حاجة الى تصحيحه
بما ذكرنا من الطريق ثم المسالة على ثلاثة اوجه
احدها ان يكاتبهما كتابة واحدة على الف ولم يزد
على هذا وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فحكمه
ما ذكرنا والثاني ان يكاتبهما كتابة واحدة
على الف ولم يزد على هذا فحكمه ان كل واحد
منهما يلزمه حصته ويعتق باداء حصته
لان المقابلة المطلقة تقتضي ذلك والثالث ان
يكاتبهما كتابة واحدة على انهما ان اديا عتقا
وان عجزا ردا الى الرق ولم يذكر كفالة كل واحد منهما
عن صاحبه فعند زفر رحمه الله جواب هذا مثل
الفصل الثاني حتى يعتق احدهما باداء حصته لان كل

واحد

واحد منهما لم يلتزم بالقبول الا حصته
ولهذا ليس للمولى ان يطالب احدهما بجميع البدل
ولو ادى احدهما الجميع لم يرجع على صاحبه
بشي بخلاف ما اذا شرط كفالة كل واحد منهما عن صاحبه
لكنا نقول لا يعتق واحد منهما ما لم يصل جميع
المال الى المولى لان شرط المولى في العقد يجب مراعاته
اذا كان صحيحا شرعا وقد شرط العتق عند
ادايهما جميع المال نصا فلو عتق احدهما باداء
حصته كان مخالفا لشرطه وما استدل
به زفر رحمه الله ممنوع فان هذا عندنا كالفصل
الاول في جميع ما ذكرنا فلهذا قلنا ما لم يصل جميع
المال الى المولى لا يعتق واحد منهما ذكره في المبسوط
قال **ولو حرر احدهما اخذ الباقي بحصته من لم
يعتقه** معناه لو اعتق احد العبدين فيما اذا كاتبهما
وشرط كفالة كل واحد منهما عن صاحبه صح العتق
لوجود المصحح للعتق وهو الملك في الرقبة ويبرى
عن حصته من بدل الكتابة لانه لم يرض بالتزام
المال الا ليكون وسيلة الى العتق ولم يبق وسيلة
فيسقط حصته ويبقى على صاحبه حصته
لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل
على كل واحد منهما كله احتيالا لتصحيح الضمان
واذا حصل له العتق استغنى عنه فاعتبر
مقابلا برقبتهما فيتوزع عليهما ضرورة

فاذا توزع سقط حصة العتق لما ذكرنا ويأخذ
بحصة الذي لم يعتق ايهما شا فان شا اخذ المعتق
بالكفالة وان شا اخذ صاحبه بالاصالة قال
رحمه الله فان اخذ المعتق رجع على صاحبه وان
اخذ الاخر لا لان غير المعتق اصيل فلا يرجع على
احد اذا ادى والمعتق كفيل عنه بامره فيرجع به
عليه فان قيل كيف يكون المعتق كفيلا عنه
والكفالة ببدل الكتابة لا يجوز قلنا هذا في حال
البقا لانه لم يكن في الابتدا كفيلا فقط وانما كان
بدل الكتابة واجبا عليه اصالة وقدرنا الكفالة
فيه في حق صاحبه احيانا لتصحيح الادا عن
صاحبه وبعد العتق لا يمكن ايجاب البدل عليه
لاستغنايه فلا يمكن تقرير الاصالة فيه فبقي كفيلا
قال ومن ضمن عن عبد مالا يوخذ به بعد عتقه
فهو حال وان لم يسمه المراد به دين لم يظهر في حق
المولى كما اذا لزمه بالاقرار او بالاستقراض او بالوطي
عن شبهة او استهلاك وديعة فان هذه الديون
لا تظهر في حق المولى فلا يواخذ بها في الحال وانما يواخذ
بها بعد الحرية فلو ان انسانا تكفل بهذه الديون
يلزمه ويطالب به في الحال لان المال حال على العبد
لوجود السبب وقبول ذمته الا ان المطالبة
تاخرت عنه لعسرته اذ هذه الديون لا تتعلق
برقبته لعدم ظهورها في حق المولى والكفيل

غير

غير معسر فصار كما لو كفل عن غايب او مفلس
بخلاف ما اذا كفل بدين موجل حيث لا يلزم
الكفيل حالا لانه التزم المطالبة بدين والطالب
ليس له ان يطالب بالدين الموجل في الحال ثم
اذا ادى عنه يرجع به بعد العتق ان كان
بامره لان الكفيل بالادا ملك الدين وقام
مقام الطالب فلا مطالبة قبل الحرية وقوله
بدين يوخذ به بعد عتقه احتراز عما يوخذ
به في الحال مثل دين الاستهلاك عيانا او
دينا لزمه بالتجارة باذن المولى فانه
يجوز الكفالة به بلا شبهة قال ولو ادعى
رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد
فبرهن المدعي انه له ضمن قيمته ولو ادعى على
عبد مالا فكفل بنفسه رجل فمات العبد برئ
الكفيل والفرق ان الثانية تكفل عن العبد بتسليم
نفسه فاذا مات العبد وهو المكفول به برئ
هو وبراته توجب براة الكفيل على ما بينا من قبل
ولا يختلف ذلك بين ان يكون المكفول به حرا
او عبدا وفي الاولى تكفل عن ذي اليد بتسليم
رقبة العبد لان المدعي يدعي غصب العبد على ذي
اليد والكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها جايزة
على ما تقدم فيجب على ذي اليد رد العين فان هلكت
يجب عليه قيمتها فكذا على الكفيل ان اثبت المدعي

البينة ان العبد له لانه يقوم مقام الاصيل
والبينة كاسمها مبينة فيظهر بها ان العبد
ملكه بخلاف ما اذا ثبت الملك له باقرار ذي
اليد او بنكوله لان اقرار الاصيل ليس بحجة
في حق الكفيل فلا يلزمه ما لم يقر به هو بنفسه
قال ولو كفل عبد عن سيده بامره
فعتق فاداه او كفل سيده عنه واداه بعد
عتقه لم يرجع واحد منهما على الاخر ومعنى
الاولى ان لا يكون على العبد دين لان امر المولى
بالتكفيل يصح اذا لم يكن عليه دين الا ترى
ان له ان يجعله بالدين ولو اقر عليه بالدين
ينفذ اقراره وله ان يرهنه وان كان عليه
دين مستغرق ليس له شيء من ذلك لانه يتضمن
ابطال حق الغرماء واما كفالة المولى عن العبد
فصحيحة كيف ما كانت وقال زفر رحمه الله
يرجع كل واحد منهما على صاحبه اذا ادى عنه
بعد الحرية وكانت الكفالة بامره لتحقق
الموجب للرجوع ولزوال المانع من الرجوع
قلنا وقعت غير موجبة للرجوع لان احدهما
لا يستحق على الاخر دينا فلا ينقلب موجبة بعد
ذلك كما اذا كفل رجل عن رجل بغير امره فبلغه
فاجازه فانها لا تنقلب موجبة للرجوع فكذا
هذا ثم فائدة كفالة المولى عن عبده وجوب

مطالبته

مطالبته بايفاء الدين من ساير امواله وفائدة
كفالة العبد عن مولاه تعلقه برقبته والله
اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب
وهو حسبي

كتاب الحوالة

وهي في اللغة التحويل والنقل ومنه حوالة
الغراس نقله قال رحمه الله هي نقل الدين
من ذمة الى ذمة هذا في الشرع وفي اللغة
هو النقل مطلقا على ما بينا قال وتصح في الدين
لا في العين برضى المحتال والمحال عليه وهذا من
شرايطها ومن شرايطها القبول وفيه خلاف
ابي يوسف كما في الكفالة وهي مشروعة باجماع [اي قبول المحال]
الامة وقال عليه الصلاة والسلام من احيل
على مليء فليتبع والامر بالاتباع دليل الجواز [اي الغني]
ولانه التزام ما يقدر على تسليمه فوجب
القول بصحته دفعا للحاجة وانما اختصت
بالدين لانها تنبئ عن النقل والتحويل وهو في الدين
لا في العين لان الدين وصف شرعي وهذا
النقل حكم شرعي يظهر اثره في المطالبة فجاز
ان يؤثر النقل الشرعي في الثابت شرعا واما
العين فحسي فلا ينتقل بالنقل الحكمي بل بالنقل
الحسي وانما شرط رضاهما لان المحتال هو
صاحب الحق ويختلف عليه الذمم فلا بد
من رضاه لاختلاف الناس في الايفاء فمنهم من

يماطل مع القدرة ومنهم من يوفي ناقصا ومنهم
من هو بالعكس فلا يلزمه بدون رضاه والمحال عليه
يلزمه المال ويختلف عليه الطلب والناس متفاوتون
فمنهم من صح صح

يعنف نسخه

يتعسف فيه ويستعجل ومنهم من يساهل
ويمهل ويسامح ولم يذكر المصنف المحيل لان
الحوالة تصح بدون رضاه وانما يشترط
رضاه للرجوع عليه او ليسقط دينه
ونظيرها الكفالة فانها تصح بدون
رضى المكفول عنه قال **ويبرأ المحيل**
بالقبول من الدين وهذا احكمها وقال زفر
رحمه الله لا يبرأ لان المقصود بها التوثق
وهو بازدياد المطالبة كالكفالة لا تؤثر
في سقوط ما كان له من المطالبة وقال
ابن ابي ليلى يبرأ في الكفالة ايضا اعتبارا
بالحوالة ولنا ان الاحكام الشرعية (او قياسا)
تثبت على وفق المعاني اللغوية فمعنى الحوالة
النقل والتحويل وهو لا يتحقق الا بفراغ
ذمة الاصيل لان الدين متى انتقل من ذمة
لا يبقى فيها والكفالة معناها الضم فيقتضي ان
يكون موجبها ضم الذمة الى الذمة ولا يتحقق
ذلك مع براءة ذمة الاصيل والاستيثاق
فيها بالغير في الحوالة باختيار من هو الاملى (او من هو اغنى)
من المحيل واحسن من المحيل في القضا ولا يقال
لو برئ لما اجبر المحتال على القبول اذا قضاه
المحيل الدين كما لو قضاه الاجنبي لانا نقول
الاجنبي متبرع والمحيل غير متبرع لانه يحتمل

عود

عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن اجنبيا اذ
قصده دفع الضرر عن نفسه ثم اختلفوا
في البراءة فقال ابو يوسف يبرأ عن الدين والمطالبة
وقال محمد رحمه الله يبرأ عن المطالبة فقط
ولا يبرأ عن الدين وثمرة الخلاف تظهر في
موضعين احدهما اذا ابرأ المحتال المحيل من
الدين قال ابو يوسف رحمه الله لا يصح وقال
محمد يصح والثاني ان الراهن اذا احال
المرتهن بالدين على انسان كان للراهن
ان يسترد الرهن عند ابي يوسف رحمه الله
كما لو ابراه من الدين وعند محمد رحمه الله
ليس له ذلك كما لو اجل الدين كذا ذكره
المرغيناني وذكر في الزيادات ان البايع
اذا احال غريما على المشتري بالثمن بطل حقه
في حبس المبيع لان مطالبته سقطت وكذا
المرتهن اذا احال غريمه على الراهن بطل
حقه في حبس الرهن لانه لم يبق له مطالبة
بالدين وان احال المشتري البايع على رجل
لا يبطل حقه في حبس المبيع لان المطالبة
باقية لان المحال عليه قايم مقام المحيل وكذا
اذا احال الراهن المرتهن على رجل لم يبطل
حقه في حبس الرهن لان المطالبة باقية لان
المحال عليه نايب المحيل فصار مطالبته

قوله وثمرة الخلاف تظهر في موضعين فيه [illegible]
لان الخلاف [illegible] لا ثمرة له

كمطالبة المحيل والمكاتب على عكس ما ذكر
فانه اذا احال مولاه على رجل يعتق كما
ثبتت الحوالة وان كان المحال عليه نائبا
عن المكاتب واذا احال المولى عليه رجلا
لا يعتق حتى يؤدي بدل الكتابة وان لم
يكن للمولى حق مطالبة المكاتب والفرق
ان حرية المكاتب معلقة ببراءة ذمته
وقد برئت اذا احال المكاتب مولاه على
رجل واما اذا احال المولى عليه رجلا لا
يبرأ واما الرهن فللوثيقة فيبقى ما بقيت
المطالبة ويبطل اذا بطلت وكذا البيع اعلم
ان احالة المكاتب مولاه على رجل انما تجوز
اذا كان له على الرجل دين او عين وقيده بها
لان المحتال يكون نائبا عن المكاتب في القبض
فيجوز وان لم يكن له واحد منهما او كان
له ولم يقيد به لا يجوز لان الحوالة تنقل
الدين الى ذمة المحال عليه فصار الواجب
على المحال عليه عين الواجب على المحيل حكما
فلو صحت الحوالة ببدل الكتابة ولزم
المحال عليه يكون الواجب على المحال عليه غير
الواجب على المحيل وذلك لا يجوز كالكفالة
وان كان المولى هو الذي احال غريمه على المكاتب
لا يصح الا اذا قيدها ببدل الكتابة لان

مطلقها

الكاف للتشبيه اي بمجرد ثبوت الحوالة

اي سبب المبيع

٢٠٣

مطلقها لانها تبرع وليس المكاتب من اهله وليس
للمولى ان يتصرف فيه حتى يلزمه بخلاف
ما اذا تكفل العبد عن مولاه على ما مر من
قبل قال **ولم يرجع المحتال على المحيل الا بالتوى**
وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع عليه عند
التوى لان ذمة المحيل قد برئت براءة مطلقة
بالحوالة فلا يعود الدين الى ذمته الا بسبب
جديد فصار كالغاصب وغاصب الغاصب
اذا اختار المغصوب منه تضمين احدهما
برئت ذمة الاخر ثم بالتوى عنده لا يعود
الحق على الاخر وكالمولى اذا اعتق عبده المديون
فان الغرماء يخيرون بين تضمين المولى
قيمته وبين اتباع المعتق فان اختاروا
احدهما وتوى ما عليه لا يرجعون على
الاخر ولنا ما روي عن عثمان رضي الله عنه
موقوفا ومرفوعا في المحال عليه اذا مات
مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل وقال لا توى
على مال امرئ مسلم ولان المقصود من شرعها
الوصول الى حقه بالاستيفاء من الثاني لا بمجرد
الوجوب لان الذمم لا تختلف في نفس الوجوب
وانما تختلف في الايفاء هذا هو المعلوم بين
الناس والمعلوم كالمشروط فيعقد فواته
بالاستحقاق او بالهلاك قبل القبض او عيبه

يجب الرجوع الا ترى ان البيع لما كان في العرف
يراد به سلامة المبيع للمشتري وسلامته من
العيب فعند فواته صح

فوات وصف السلامة يرجع المشتري بالعوض
لما قلنا وهذا لان ذمة المحال عليه خلف
عن ذمة المحيل باحالته هو فاذا فات الخلف
رجع المشتري بالاصل بخلاف الغاصب
وغاصب الغاصب فان احدهما ليس بخلف
عن الاخر وانما يثبت للمالك الخيار ابتداء
يملك المغصوب من ايهما شاء فيأخذ منه عوضه
من غير ان يحيله عليه احد فلا يرجع على
احد وكذا المولى والمعتق احدهما ليس بخلف
عن الاخر الا ترى ان حقه ليس ثابتا
على احدهما متعينا حتى ينقله الى الاخر
فافترقا قال وهو ان يجحد الحوالة ويحلف
ولا بينة له عليه او يموت مفلسا اى التوى يكون
باحد هذين الامرين اما ان يجحد المحال عليه
الحوالة ويحلف ولا بينة للمحيل ولا للمحتال
او يموت مفلسا بان لم يترك مالا عينا ولا
دينا ولا كفيلا لان التوى هو العجز عن
الوصول الى حقه ويتحقق ذلك بهما وهذا
اذا ثبت موته مفلسا بتصادقهما فان اختلفا
فيه فقال المحتال مات مفلسا وانكر الاخر
فالقول قول المحتال مع يمينه على العلم لتمسكه
بالاصل وهو العسرة كما اذا كان حيا وانكر
اليسر ولو فلسه الحاكم بعد ما حبسه لا يكون

توى

توى عند ابي حنيفة وقالا هو توى لانه عجز عن
الاخذ منه بتفليس الحاكم وقطعه عن ملازمته
عندهما فصار كعجزه عن الاستيفاء بالجحود او
بموته مفلسا ولابي حنيفة رحمه الله ان الدين
ثابت في ذمته وتعذر الاستيفاء لا يوجب
الرجوع الا ترى انه لو تعذر بغيبة المحال
عليه لا يرجع على المحيل وهذا لان التوى
في الدين لا يتصور حقيقة وانما يكون ذلك
حكما بخروج محله من ان يكون محلا صالحا
للوجوب بموته معدما او بالجحود ولان
الافلاس لا يتحقق عنده لان المال غاد
ورائح يمسي الانسان فقيرا ويصبح غنيا
وبالعكس ويحتمل انه استغنى في مجلس
الحاكم بان مات له قريب يرثه وهذا نظير
ما لو جرح الخصم الشهود واقام البينة عليه
لا تقبل لانه لا يتحقق لاحتمال توبته في المجلس
ظ التفليس وقيل هذه المسألة مبنية على تحقق الافلاس
وعدمه ولو مات وترك رهنا رهنه غيره
بامره او بغير امره وسلطه على البيع او لم
يسلطه يعود الدين الى ذمة المحيل لان
عقد الرهن لم يبق بعد موت المحال عليه
مفلسا اذ لم يبق الدين عليه والرهن بدين
ولا دين محال بخلاف ما اذا ترك كفيلا بامره

او بغير امره لان الكفيل خلف عنه قال
فان طلب المحال عليه المحيل بما احال فقال المحيل
احلت بدين لي عليك ضمن مثل الدين اي ضمن
المحيل لان سبب الرجوع قد تحقق باقرار
المحيل وهو قضاء دينه بامره فيرجع عليه
ولا يقبل قوله في دعوى الدين على المحال
عليه لانه ينكره المحال عليه والقول قول
المنكر ولا يكون الاقرار من المحال عليه
بالحوالة اقرارا منه بالدين عليه ولا قبوله
الحوالة يدل على ان عليه دينا لان الحوالة
قد تكون مطلقة وقد تكون مقيدة بما على
المحال عليه بل حقيقة الحوالة ان يكون مطلقة
اذ المقيدة توكيل بالاداء او القبض فلم يوجد
ما يدل على وجوب الدين عليه فيضمن له
قال وان قال المحيل للمحتال احلتك لتقبضه
لي فقال المحتال احلتني بدين لي عليك فالقول
للمحيل لان المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر
فالقول للمنكر ولا يكون الاقرار من المحيل
بالحوالة واقدامه عليها اقرارا منه بان عليه
دينا للمحتال لان لفظ الحوالة يستعمل بمعنى
الوكالة قال محمد رحمه الله اذا اصاب مال المضاربة
ديونا وامتنع المضارب عن التقاضي وليس
في المال ربح لا يجبر ولكن يقال له احل رب المال

اي

اي وكله فاذا احتمل التوكيل لا يحكم له بالدين على
المحيل بدعواه بل يكون القول للمحيل اذ هو
متمسك بالاصل لان فراغ الذمم هو الاصل
ولو لم يدع الدين على المحيل بان ادعى ان الدين
الذي على المحال عليه ثمن مال له باعه المحيل له
بطريق الوكالة منه وادعى ان الدين له
ووصل اليه عين حقه لا يقبل قوله ايضا اذا
انكر المحيل ذلك لانه لما اقر له باليد والتصرف
له في ذلك المال والانسان يتصرف ظاهرا
لنفسه لا يسمع ان ذلك المال كان له بلا
بينة فيكون القول للمحيل قال ولو احال
بماله عند زيد وديعة صحت فان هلكت برئ
اي اذا كان له وديعة دراهم عند شخص
فاحال بها غريمه صحت الوكالة لانه اقدر
على التسليم فكانت اولى بالجواز فان هلكت
برئ لان الحوالة مقيدة بها اذ لم يلتزم
التسليم الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة
بالمغصوب حيث لا يبرا به لانه يخلف القيمة
والفوات الى خلف كلا فوات حتى لو هلك
المغصوب لا الى خلف بان استحق بالبينة
صار مثل الوديعة وقد تكون مقيدة بالدين
فحاصله ان الحوالة على نوعين مقيدة ومطلقة
فالمقيدة ان يقيد بما بدين له عليه او بعين

او وكيله والمطلقة ان يرسل الحوالة ارسالا ولا يقيدها بشي مما عنده من وديعة او غصب او دين ثم

في يده وديعة او غصب او دين او يحيله
على رجل ليس له عليه شي مما ذكرنا والكل جايز
لما روينا ولما ذكرنا من المعنى ولان كلا منهما
يتضمن امورا جايزة عند الانفراد وهي
تبرع المحتال عليه بالالتزام في ذمته والايفاء
وتوكيل المحتال بقبض الدين او العين
من المحال عليه وامر المحتال عليه بتسليم
ما عنده من العين او الدين الى المحتال
فكذا عند الاجتماع وحكم المطلقة ان لا ينقطع
حق المحيل من الدين والعين ولكن المحال
عليه يرجع على المحيل بعد ادايه اذا
كانت الحوالة برضاه وليس له ان يرجع
قبل الادا ولكن له ان يلازمه اذا لوزم
ويحبسه اذا حبس حتى يخلصه كما في الكفالة
ولو كان الدين مؤجلا على المحيل كان مؤجلا
في حق المحال عليه كما في الكفالة ثم لا يصير
الدين حالا بموت المحيل لانه خرج من البين
وصار اجنبيا ويحل بموت المحال عليه
لان الاجل كان حقه وقد استغنى عنه
وحكم المقيدة ان لا يملك المحيل مطالبة
المحال عليه بما احال به من دين او عين
لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن
ولو ملك المطالبة لبطل حق المحتال ولا يملك

ذلك

ذلك كما لا يملك ابطال حق المرتهن بخلاف
المطلقة لانه لا يتعلق حقه بالعين او الدين
بل يتعلق بذمة المحال عليه فلا تبطل الحوالة
باخذ ما عنده او عليه من العين والدين
الا ترى انها لا تبطل بهلاكه فكذا باخذه
بخلاف المقيدة لانه فيها لم يلتزم الادا الا
منها فلو اخذه لبطل حقه ولو ابرا المحتال
المحال عليه عن الدين اخذ المحيل ما كان
عنده من الدين والعين كالمرتهن اذا ابرا
الراهن يرجع برهنه ولو وهبه له ليس له ان
يرجع بدينه لان المحال عليه ملكه بالهبة
وكذا اذا ورثه ولو مات المحيل كان الدين
والعين المحتال بهما من غرمايه بالحصص
وقال زفر رحمه الله يختص به المحتال وهو
القياس لان حقه متعلق به حال حياته
والمحيل كالاجنبي عنه حتى لا يكون له اخذه
فصار كالخارج عن ملكه فلا يقضي به ديونه
ولنا انه كان ملكه ثابتا ولم يتعلق حق المحتال
سابق فصار كالمرهون يختص به المرتهن لتعلق
حقه به سابقا على حقهم وكدين الصحة
يقدم على دين المرض لما قلنا ولنا ان هذا المال
العقد لم يثبت لغيره عليه يدا لاستيفا
فيكون بين غرمائه وهذا لانه لم يملكه

المحتال لان تمليك الدين من غير من عليه الدين
باطل لكن بالحوالة وجب للمحتال في ذمة المحال
عليه دين مع بقاء دين المحيل ولهذا لو توى
ما على المحال عليه يتوى على المحيل ولم يثبت عليه
ايضا يد الاستيفا لان ثبوت اليد على
ما في ذمة الغير لا يتصور وانما لم يكن للمحيل ان
ياخذه لان المحال عليه لم يقبل الحوالة الا
ليتملك ما في ذمته او ليبرئ من ذلك المال
فلو اخذه يفوت الرضا فتبطل الحوالة بخلاف
الرهن لانه ثبت عليه يد الاستيفا ولهذا
لو هلك يهلك على المرتهن فكان هو احق به
وكان ينبغي للمحتال ان لا يكون له حق المزاحمة
لان دينه تحول الى ذمة المحال عليه فلا يزاحم
غرماء المحيل كما اذا كانت الحوالة مطلقة
وانما يثبت له حق المزاحمة لان الحوالة كانت
مقيدة بذلك المال فاذا اخذ منه ذلك المال
فات الرضا بالحوالة فتفوت الحوالة فيعود الدين
الى ذمة المحيل على ما كان قبل الحوالة واستوضح
ذلك بمسالة الوديعة والغصب ونحوهما بخلاف
ما اذا كانت مطلقة لان المحيل بالحوالة برئ من
دين المحتال وصار المحتال من غرماء المحال
عليه فلم يتعلق له حق بماله فلا يزاحم
غرماء المحيل واذا قسم الدين بين غرماء المحيل

لا

لا يرجع المحتال على المحال عليه بحصة الغرما
لان الدين الذي على المحال عليه صار مستحقا
فليس له ان يرجع عليه به كما لو استحق
الرهن ولا بما بقي من دينه بعد المحاصصة
لانه صار تاويا فلا يرجع به على احد قال
رحمه الله **وكره السفاتج** وهو قرض استفاد
به المقرض امن خطر الطريق وصورته
ان يقرض ماله اذا خاف عليه الفوات ليرد
عليه في موضع الامن وهو تعريب سفتجه
وسفته شي محكم وسمي هذا القرض به
لاحكام امره وانما كره لما روي انه عليه الصلاة
والسلام نهى عن قرض جر نفعا وقيل اذا لم تكن
المنفعة مشروطة فلا باس به والله اعلم
بالصواب واليه المرجع والماب وهو حسبي

كتاب القضا

والقضا في اللغة الاتقان والاحكام قال قايلهم
وعليهما مسرودتان قضاهما • داود او صنع السوابغ تبع
اي احكم صنعهما وهو في الشرع فصل الخصومات
وانه افضل العبادات وبه امر كل نبي قال
الله تعالى انا انزلنا التوراة فيها هدى ونور
يحكم بها النبيون وقال تعالى وان احكم بينهم
بما انزل الله ولا تتبع اهوائهم والحاكم نايب عن
الله في ارضه في انصاف المظلوم من الظالم

المخاصمة صح

القائل هو ابو ذويب الهذلي

او ملك اليمن

اي افضل من العبادات

وايصال الحق الى المستحق ودفع الظلم عن
العباد والامر بالمعروف والنهي عن المنكر
كل ذلك من الصفات الحميدة يميل اليها كل
لبيب ومحاسنه لا يخفى على احد ولولا ذلك
لفسد البلاد والعباد قال رحمه الله
اهله اهل الشهادة لان كل واحد منهما تثبت
به الولاية على الغير والشاهد بشهادته
يلزم الحاكم ان يحكم والحاكم بحكمه يلزم الخصم ومن صلح
شاهدا صلح قاضيا فكانا من باب واحد
فيستفاد احدهما من الاخر قال والفاسق
اهل للقضا كما هو اهل للشهادة الا انه لا
ينبغي ان يقلد ولو كان عدلا ففسق لا ينعزل
ويستحق العزل واذا اخذ القضا بالرشوة
لا يصير قاضيا وكذا لو قضى بالرشوة لا ينفذ
قضاؤه فيما ارتشا وقال بعض مشايخنا اذا قلد
الفاسق ابتدا يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل
بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا
دونها كالعبد الماذون له في التجارة اذا ابق
ينعزل ولو اذن له وهو آبق جاز وعن
علمائنا الثلاثة في النوادر ان الفاسق لا يصلح
قاضيا والظاهر هو الاول وان العدالة
شرط الاولوية وكذا الاجتهاد حتى لو ولي
الجاهل القضا صح وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز

الا

الا ان يكون عالما عدلا مامونا لقوله عليه
الصلاة والسلام القضاة ثلاثة قاضيان
في النار وقاض في الجنة الحديث وفسر
القاضيين احدهما جاهل يحكم بالجهل والاخر
عالم يحكم بالجور والثالث العالم العادل يحكم
بعلمه ولانه مامور بالقضا بالحق والجاهل
عاجز عنه ولا يكلف الله نفسا الا وسعها
والفاسق غير مامون فلا يجوز ولنا ان
المقصود ايصال الحق الى المستحق وهو يحصل
بالعمل بفتوى غيره ولا حجة له في الحديث فانه
عليه الصلاة والسلام سماه قاضيا ولولا ان
التولية تصح لما سماه قاضيا ولان الصحابة
رضي الله عنهم اجازوا حكم من تغلب من الامرا
وجار وتقلد وامضوا الاحكام وصلوا خلفه
ولولا ان توليته صحيحة لما فعلوا ذلك قال
والفاسق يصلح مفتيا وقيل لا يصلح لانه
من امور الدين وخبره غير مقبول في الديانات
وجه الاول انه يجتهد حذار النسبة الى الخطا
قال ولا ينبغي للقاضي ان يكون فظا
غليظا جبارا عنيدا وينبغي ان يكون
موثوقا به في عفافه وعقله وصلاحه
وفهمه وعلمه بالسنة والاثار ووجوه
الفقه ويكون شديدا من غير عنف لينا من غير ضعف

لان المقصود من القضاء دفع الفساد وايصال
الحقوق الى مستحقها واقامة حقوق الله
تعالى وهو من اهم الامور للمسلمين واقوى
واجب عليهم فكل من كان اعرف واقدر
واوجه واهيب واصبر على ما اصابه من
الناس كان اولى وينبغي للمؤمن ان يتفحص
في ذلك ويولي من هو اولى لقوله عليه الصلاة
والسلام من قلد انسانا عملا وفي رعيته من
هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة
المسلمين قال **والاجتهاد شرط الاولوية**
لانه اقدر على الحكم بالحق واختلفوا في حد
الاجتهاد قيل ان يعلم الكتاب بمعانيه والسنة
بطرقها والمراد بعلمهما علم ما يتعلق به
الاحكام منهما ومعرفة الاجماع والقياس
ليمكنه استخراج الاحكام الشرعية واستنباطها
من ادلتها بطريقها ولا يشترط معرفة الفروع
التي استخرجها المجتهدون بآرائهم وقال بعضهم
من حفظ المبسوط ومذهب المتقدمين فهو
من اهل الاجتهاد والاشبه ان يقال ان يكون
صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف
معاني الآثار وصاحب فقه له معرفة بالحديث
كيلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل
لا بد مع هذا من ان يكون صاحب قريحة

وقال بعضهم يشترط مع هذا ان يكون
عارفا بالفروع المبنية على اجتهاد السلف
كابي حنيفة والشافعي رحمهما الله تعالى
وغيرهما من المجتهدين صح

يعرف

يعرف بها عادات الناس لان كثيرا من الاحكام
تبنى عليها قال **والمفتي ينبغي ان يكون مقلدا**
يعني في العلم والامانة لانها اقدر على
المقصود وابعد من الغلط واكثرهما ما
في دينه عند تجدد الحوادث فيكون كلامه
اوثق فيعتمد عليه قال رحمه الله **وكره
التقلد لمن خاف الحيف** اي الظلم كيلا يكون
ذريعة الى مباشرة الظلم قال **وان امنه
لا** اي ان امن من الظلم لا يكره التقليد لان
كبار الصحابة رضي الله عنهم والتابعين رحمهم
تقلدوه وكفى بهم قدوة قال **ولا يسال
القضا** لقوله صلى الله عليه وسلم من طلب القضاء
وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك
من السماء يسدده ولان من طلبه يعتمد على
نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل على
ربه فيلهم ذكره بعض المشايخ ان يدخل
في القضا مختارا القوله عليه الصلاة والسلام
من ابتلي بالقضا فكانما ذبح بغير سكين
ولان القضا بالحق لا يمكنه الا بالاعوان
وقد لا يعينه عليه احد وكان في بني اسرائيل
من فرغ نفسه للعبادة ستين سنة
ترجى له النبوة فاذا اشتغل بالقضا ايسوا
من نبوته فهذا دليل على انه مشقة وان

يهم

تعين هو للقضا بان لم يكن احد غيره يصلح
للقضا وجب عليه الصلح صيانة لحقوق
المسلمين ودفعا لظلم الظالمين قال
ويجوز تقليد القضا من السلطان العادل
والجاير ومن اهل البغي لان الصحابة رضي الله
عنهم تقلدوه من معاوية في نوبة علي وكان
الحق بيد علي يومئذ وقد قال علي رضي
الله عنه اخواننا بغوا علينا وعلما السلف
تقلدوه من الحجاج الا اذا كان لا يمكنه من
القضا بالحق فيحرم عليه لانه يحصل به
ضرر المسلمين قال **فان تقلد سال ديوان**
قاض قبله وهو الخرايط التي فيها السجلات
والمحاضر وغيرها من الصكوك ونصب الاوصيا
والقيما اي الاوقاف وتقدير النفقات المفروضات
لان الديوان وضع ليكون حجة عند الحاجة
فيجعل في يد من له ولاية القضا وهذا لان
القاضي يكتب نسختين احداهما في يده
لاحتمال الحاجة اليها والاخرى في يد الخصم وما
في يد الخصم لا يومن عليه التغيير بزيادة او نقصان
ثم ان كانت الاوراق من بيت المال فلا اشكال
في وجوب تسليمها الى الجديد لانها انما كانت
في يد الاول لعمله وقد انتقل العمل الى غيره
فلا معنى لتركها في يده بعد العزل وكذا اذا كان

من

من مال الخصوم او من مال القاضي في الصحيح
لان الخصوم وضعوها في يده لعمله وكذا
القاضي عمل على انه عمل ذلك تدينا لا تمولا
فيجب تسليمه اليه ويبعث عدلين من امنائه
او عدلا واحدا والاثنان احوط ليقبضا
ديوان المعزول بحضرته او بحضرة امينه
ويسالا المعزول شيا فشيا فما كان
فيها من نسخ السجلات يجعلانه في خريطة
وما كان من نصب الاوصيا في اموال اليتامى
يجعلانه في خريطة اخرى وما كان من
تقدير النفقات يجعلانه في خريطة اخرى
وما كان من نسخ قيم الاوقاف يجعلانه
في خريطة وما كان من الصكوك يجعلانه
في خريطة لان هذه النسخ كانت تحت تصرف
المعزول فلا تشتبه عليه متى احتاج
الى نسخة منها فاما الجديد فيشتبه عليه
لو لم يجمع كل نوع منها في خريطة وبالجمع يسهل
وانما يسالان المعزول وان لم يكن قوله
حجة ليكشف منهما ما اشكل عليهما فاما اذا
قبضا ذلك ختما عليه تحرزا عن التغيير قال
وينظر في حال المحبوسين اي القاضي الجديد
ينظر في حالهم لانه نصب ناظرا للمسلمين
قال **فمن اقر بحق او قامت عليه البينة**

الزمه لان كل واحد منهما حجة ملزمة ولا
يقبل قول المعزول لانه بالعزل التحق
بواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة
لاسيما على فعل نفسه وان لم تقم عليه
بينة وادعى المحبوس انه حبس ظلما
لا يعجل بتخليته قال والا نادى عليه
اي ان لم يقم عليه بينة ولم يقر هو نادى
عليه لان المعزول حبسه بحق ظاهر فلا
يعجل بتخليته حتى ينكشف له حاله وينادى
عليه اذا جلس للحكم اياما ويقول المنادي
من كان يطالب فلان بن فلان الفلاني
المحبوس بحق فليحضر حتى يجمع بينه وبينه
~~فان حضر والا ينتهي راي القاضي ان يطلقه~~
فان حضر له خصم فيها والا اخذ منه كفيلا
واطلقه والفرق لابي حنيفة رحمه الله
بين هذه المسالة وبين قسمة التركة
حيث لا يوخذ من الورثة كفيلا اذا ارادوا
القسمة عنده ان الورثة ظهر حقهم في المال
فلا يوخر الى التكفيل لاحتمال ان يكون له وارث
غيرهم لان ذلك موهوم فلا يعارض المحقق
وفي هذه المسالة ان القاضي لا يحبسه الا بحق
ظاهر واحتمال حبسه بغير حق موهوم فلا
يعارض المحقق ~~وفي هذه المسالة ان القاضي~~

ظ ظاهرا

لا يحبسه

وقف لله تعالى

~~لا يحبسه الا بحق ظاهر واحتمال حبسه بغير~~
~~حق موهوم فلا يعارض الظاهر~~ وهذا لان فعل
المسلم يحمل على الصلاح ما امكن فيعمل عليه
حتى يظهر خلافه قال ويعمل في الودايع
وغلات الوقف ببينة او اقرار لان كل واحد
منهما حجة والمراد بالاقرار اقرار من في
يده لان اقرار الاجنبي غير مقبول قال
ولم يعمل بقول المعزول الا ان يقر ذو
اليد انه سلمها اليه فيقبل قوله فيهما
اي في الودايع وغلات الوقف لان المعزول
التحق بالرعايا فلا يقبل قوله الا ان يعترف
الذي في يده ان القاضي سلمها اليه
فيقبل قوله فيها لانه ثبت باقراره انه
مودع القاضي ويد المودع كيده فصار
كانه في يده فيقبل اقراره به الا اذا بدا
صاحب اليد بالاقرار لغيره ثم اقر بتسليم القاضي
اليه والقاضي يقر به لغيره فيسلم الى المقر له
الاول ويضمن المقر قيمته للقاضي باقراره
للثاني والمسالة على اربعة اوجه اما ان
يقر بانه سلمه اليه بعد ما اقر به لغيره او ينكر
التسليم فحكمها ما ذكرناه او يقر بان المعزول
سلمه اليه ثم يقول لا ادري لمن هو فحكمه ظاهر
قال ويقضي في المسجد وكذلك السلطان

ي

ثم يقر به لغيره فلا يقبل اقراره الثاني لانه
لما اقر بان القاضي سلمه اليه صار كانه في
يد القاضي والرابع ان يقر بان القاضي
سلمه اليه صح

يجلس للحكم في المسجد وقال الشافعي
يكره ذلك لانه يحضره المشرك وهو نجس
لقوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا
المسجد الحرام والحائض وهي ممنوعة عن
دخوله ولانه بني لذكر الله ولاقامة الصلوات
لا للخصومات والمنازعات ولنا قوله عليه
الصلاة والسلام يفصل الخصومات في معتكفه
والخلفاء الراشدون كانوا يجلسون للحكم
في المساجد ولان الحكم عبادة على ما بينا
من قبل فيجوز اقامتها في المسجد كالصلوات
ولانه ابعد من الاشتباه على الغرباء
وبعض المقيمين وابعد من التهمة في حق
القاضي فكان اولى وليس في بدن المشرك
نجاسة تلوث وانما ذلك في اعتقاده والحائض
تخبر بحالها لانها مسلمة فيخرج لها القاضي
كما اذا كانت الخصومة على الدابة فالجامع
اولى لانه اشهر واسهل على الناس اذا
كان وسط البلد وان كان في الطرف يختار
مسجدا اخر في وسط البلدة قال او داره
لان الحكم عبادة لا تختص بمكان فجاز ان يحكم في
منزله فاذا جلس للحكم في منزله اذن للناس بالدخول
عليه ولا يمنع احدا من الدخول فيه ويجلس
معه من كان يجلس معه في المسجد ثم لا باس
به

الصلاة والسلام في بيته [illegible]

به اذا كان مجلسه في وسط البلدة والاولى
ان يقعد في وسط البلدة لما ذكرنا والحاصل
ان الجلوس للحكم ان يكون في اشهر الاماكن
ومجامع الناس وليس فيه حاجب ولا
بواب افضل ولو حكم في اي مكان شاء
ولا يحكم وهو ماش لان الراي لا يجتمع
وهو مشغول بالمشي ولا باس بان يقعد
في الطريق اذا كان لا يضيق على المارة
ولا باس بان يحكم وهو متكئ لانه يزيد
في الراي لزيادة راحة فيه ولكن القضاء مستويا
الجلوس افضل تعظيما لامر القضاء وعن
ابي يوسف رحمه الله استفتي عن مسالة
وهو متكئ فاستوى وارتدى وتعمم ثم
افتى تعظيما لامر الفتيا ولا يجلس وحده
لانه يورث التهمة وان جلس وحده
فلا باس ان كان عالما بالقضاء وان كان
جاهلا يستحب له ان يقعد معه اهل
العلم لانه لا يؤمن من ان يزل عن الحق
فينبهونه عليه ويجلسهم قريبا منه للمشورة
وكذا اهل العدل للشهادة عليه بخلاف
الاعوان حيث يكونون بعيدا عنه لانهم
لاجل الهيبة وهو اشبه قال ويرد هدية الا من
قريبه او ممن جرت عادته بذلك لان الاولى

صلة الرحم ورده قطيعة وهي حرام
والمراد بالقريب هو ذو الرحم والثانية
ليست لاجل القضا وانما هي جرى على العادة
فلا يتوهم فيها الرشوة حتى لو كان لهما
خصومة او زاد على العادة يرده لانه
لاجل القضا فيكون من الغلول كغيرهما من
الهدايا لانها تشبه الرشوة فيجتنب
عنها وعلى هذا كانت الصحابة رضي الله عنهم
قال **ودعوة خاصة** اي لا يحضر دعوة
خاصة لانها جعلت لاجله والخاصة
التي لا يتخذها صاحبها لولا حضور القاضي
وقيل كل دعوة اتخذت في غير العرس
والختان فهي خاصة ولم يفصل في الخاصة
بين ان يكون من القريب او من غيره
وبينما اذا جرت له عادة بها او لم تجر
وقال في الكافي وان كان بين القاضي
وبين المضيف قرابة يجيبه في الدعوة
الخاصة لان اجابة دعوته صلة الرحم
قال كذا ذكره الخصاف بلا خلاف وذكر
الطحاوي ان على قول ابي حنيفة وابي يوسف
لا يجيب الدعوة الخاصة للقريب وعلى قول
محمد رحمه الله يجيب وانما لا يجيب الدعوة
الخاصة للاجنبي اذا لم يتخذ الدعوة

لاجله

لاجله قبل القضا فعلى هذا لا فرق بينهما
وبين الهدية وهو القياس قال **ويشهد
الجنازة ويعود المريض** لقوله عليه الصلاة
والسلام للمسلم على المسلم ستة حقوق
اذا دعاه ان يجيبه واذا مرض ان يعوده
واذا مات ان يحضره واذا لقيه ان يسلم
عليه واذا استنصحه ان ينصحه واذا
عطس ان يشمته وحق المسلم لا يسقط
بالقضا لكن لا يطيل مكثه في ذلك المكان
وان كان للمريض خصومة مع احد لا يعوده
قال **ويسوي بينهما جلوسا واقبالا** اي
يسوي بين الخصمين في الجلوس لقوله
عليه الصلاة والسلام اذا ابتلي احدكم
بالقضا فليسو بينهم في المجلس والاشارة
والنظر ولانه اذا قدم احدهما يجترى
على خصمه وتنكسر همة صاحبه فيؤدي
ذلك الى ترك حقه وينبغي للخصمين اذا
حضرا بين يدي القاضي ان يجثوا بين
يديه ولا يتربعان ولا يقعيان ولا
يحتبيان وان فعلا ذلك منعا تعظيما
لامر الحكم كما يجلس المتعلم بين يدي
المعلم تعظيما له ويكون بينهما وبين
القاضي قدر ذراعين او نحو ذلك بحيث

بيسمع كلامهما من غير تكلف با صغا او رفع
صوت ولا يُقْعِد احد هما من جانب اليمين
والاخر من اليسار لان جانب اليمين
افضل فيكون تقديماله على صاحبه فيعدل
ذلك بين الكبير والصغير حتى يجب عليه
ان يسوى فيه بين الاب والابن وبين
الخليفة والرعية وبين الدنى والشريف
وهذا دليل على ان للقاضى ان يقضى على
الملك الذى ولاه القضا وكذا فعل شريح
رضى الله عنه بعلى مع خصمه [وخصمه] واحد من الرعية
وعلى خليفة رضى الله عنه فاذا سوى بينهما
بالفعل فلا حرج عليه فيما يجده فى قلبه من الميل الى
احدهما بعد ان حكم بينهما بالحق لان ذلك
لا قدرة له عليه كما فى القسم بين نسائه
قال ولينتق عن مسارة احدهما واشارته
وتلقين حجته وضيافته اى يجتنب هذه
الاشيا لان فيه تهمة ومكسرةً لقلب الاخر
ولو اضافهما جملة فلا باس لوجود التسوية
بينهما قال والمزاح اى يجتنب المزاح
مطلقا معهما او مع احدهما او مع غيرهما فى
مجلس الحكم ولا يكثر فى غيره لانه يذهب بالمهابة
فحاصله انه لا يكلمهما بغير ما تقدمنا اليه لاجله
فان ذلك يذهب حشمة مجلس القضا فاذا

حضرا

حضرا يقول بالخيار ان شا بداهما بالكلام فقال
ما لكما وان شا تركهما حتى يبتداه بالمنطق
وهو احسن كيلا يكون مهيجا للخصومة
لانه قعد لقطعها واذا تكلم المدعى اسكت
الاخر واستمع حتى يفهم ما يقول فاذا فرغ [الآخر]
المدعى امره بالسكوت واستنطق اذا طلب
المدعى ذلك وقيل من غير طلبه لانهما اذا تكلما
جملة لا يتمكن من الفهم هذا اذا كانت دعواه
صحيحة وان لم تكن صحيحة قال له قم فصحح
دعواك لان الجواب لا يستحق الا بعد تصحيح
الدعوى فاذا صحت وانكر المدعى عليه سأله
البينة فان عجز عنها استحلف المدعى عليه
ان طلب المدعى يمينه ويرتب الناس فى الفصل
على ترتيب مجيئهم فيبدا بالسابق فالسابق
ويجعل فى ذلك امينا يخبره ولا يجمع بين النسا
والرجال فى زحمة بل يجعل النسا ناحيةً والرجال
ناحيةً الا اذا كان لاحدهما على الاخر دعوى
فيجلسان بين يديه وقت الدعوى قال
وتلقين الشاهد اى يجتنب تلقين الشاهد
ايضا لان فيه اعانة لاحد الخصمين فيوهم
الميل اليه فيكون فيه كسر قلب الاخر فصار
كتلقين احد الخصمين واستحسنه ابو يوسف
رحمه الله فى غير موضع التهمة لانه قد يحصر

وقد يقول اعلم سكان قوله اشهد لهاية
المجلس فكان في تلقينه احيا الحق ولا تهمة
في مثله فكان من باب التعاون على البر
كاستخلاص الغريم وتمكيله وحيلولته
بينه وبين اشغاله قبل ثبوت الحق عليه
وهذا نوع رخصة عنده رجع اليه بعد
ما تولى القضا والعزيمة فيما قالا لانه
لا يخلو عن نوع تهمة في الحبس ولما كان بعض

فصل

الناس يستحق العقوبة بسبب دعارته
والحبس يصلح للعقوبة ذكره في كتاب
القضا وجعله من جملته وهو مشروع
بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب
فقوله تعالى في قطاع الطريق او ينفوا من
الارض والمراد به الحبس واما السنة
فلانه عليه الصلاة والسلام حبس رجلا
بالتهمة وحبس رجلا اخر من جهينة اعتق
شقصا له في مملوك واما الاجماع فلان
الصحابة رضي الله تعالى عنهم ومن بعدهم
اجمعوا عليه الا ان في زمن النبي صلى الله
عليه وسلم وفي زمن ابي بكر وعثمان
رضي الله تعالى عنهم لم يكن سجن وكان
يحبس في المسجد والدهليز وبالربط ولما
كان في زمن علي رضي الله تعالى عنه بنى

السجن

السجن وكان هو اول من بناه في الاسلام
وسمى السجن نافعا ولم يكن حصينا فانفلت
الناس منه وبنى سجنا اخر وسماه مخيسا
وقال فيه شعرا
الا تراني كيسا مكيسا • بنيت بعد نافع مخيسا
قال واذا ثبت الحق للمدعي امره بدفع
ما عليه فان ابى حبسه في الثمن والقرض
والمهر المعجل وما التزمه بالكفالة معناه
يحبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال
حصل في يده او التزمه بعقد اذا طلب
المدعي حبسه بعد ابائه من الدفع اليه لانه
لما ابى ظهر مطله وبالمال الذي حصل
في يده او التزمه بعقد باختياره ظهرت
قدرته لانا تيقنا بحصول المال له والظاهر
بقاؤه بالتقلب فيه وكذا الالتزام
الانسان باختياره ما لا يقدر عليه عادة
فاذا ظهر مطله مع القدرة وهو ظلم لقوله
عليه الصلاة والسلام مطل الغني ظلم
استحق العقوبة ثم شرط المصنف الابا
بعد امره ولم يفصل بينما اذا ثبت الحق
عليه ببينة او اقرار وفرق بينهما في الهداية
فقال اذا ثبت بالبينة يحبسه كما ثبت
لظهور المطل بانكاره وان ثبت باقراره

الكيس حسن الامور بالقيام

لم يعجل بحبسه لانه لم يعرف كونه مماطلا
في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب
المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله
ومثله حكي عن الصدر الشهيد والمحكي عن
شمس الائمة السرخسي عكس ذلك لانه اذا
ثبت بالبينة يعتذر فيقول ما علمت ان
له علي دينا الا الساعة فاذا علمت قضيت
الا فاذا علمت لاقي ذا
ولا يتاتى ذلك في الاقرار والاحسن
ما ذكره هنا فانه يومر بالايفا مطلقا
لانه يحتمل ان يوفي فلم يعجل بحبسه
قبل ان يتبين له حاله بالامر والمطالبة
بذلك والصواب لا يحبسه فيما اذا
طلب المدعي ذلك حتى يساله فان اقر ان
له مالا امره بالدفع فان ابى حبسه لظهور
مطله وان انكر المال والمدعي يقول له مال
فالقاضي يقول للمدعي الك بينة ان له
مالا فان اقام البينة ان له مالا امره
بالدفع فان ابى حبسه وان عجز عن والمدعي
يدعي ان له مالا وهو ينكر كان القول
قول المدعي فيما ذكر في المختصر من الديون
وهو كل دين لزمه بدلا عن مال حصل
في يده او التزمه بعقد فيحبسه به
لما ذكرنا قال لا في غيره ان ادعى الفقر

الا

البينة

الا ان يثبت غريمه غناه فيحبسه بما راى
اي لا يحبسه في غير ما ذكرنا من الديون
وذلك مثل ارش الجنايات وديون النفقات
وضمان الاعتاق لان ذلك مما ليس ببدل
مال ولا ملتزم بعقد ان ادعى الفقر
الا ان يثبت المدعي المال بالبينة فحينئذ
يحبسه بقدر ما يرى لان المنكر متمسك
بالاصل اذ الاصل ان الادمي يولد فقيرا
لا مال له والمدعي يدعي امرا عارضا فكان
القول لصاحبه مع يمينه ما لم يكذبه
الظاهر الا ان يثبت المدعي بالبينة ان له
مالا بخلاف الفصل المتقدم لان الظاهر يكذبه
لان المال فيه حصل في يده ولا يلتزم
الانسان عادة ما لا يقدر عليه فظهر
غناه بذلك والمراد بالمهر المعجل الذي
يحبس فيه ما تعورف تعجيله والزايد
عليه لا يحبس فيه لانه جرى فيه التسامح
بتاخير المطالبة وان كان حالا فلا يدل
دخوله في العقد على انه قادر عليه واختاره
الخصاف ان القول للمدعي في جميع ذلك
لانه متمسك بالاصل وهو العسرة والمدعي
يدعي عارضا فلا يسمع قوله وهو مروي عن
اصحابنا واختار ابو عبد الله البلخي

ابو محمد بن شجاع من اصحاب حسن بن زياد

ان كل دين اصله مال كثمن المبيع وبدل
القرض فالقول فيه قول المدعي لانه دخل
في ملكه مال وعرفت قدرته بذلك والمنكر
يدعي خلاف ذلك فلا يقبل قوله وكل دين
لم يكن اصله مالا كالمهر وبدل الخلع وما
اشبه ذلك كان القول فيه قول المدعى عليه لانه
لم يدخل شيء في ملكه ولم يعرف غناه فكان
متمسكا بالاصل وهو مروي عن ابي حنيفة
وابي يوسف وقال بعضهم (هذا القول بعيد) ما كان سبيله
سبيل البر والصلة كان القول قول المدعى
عليه كما في نفقة المحارم ونحوه وفيما سوى
ذلك القول قول المدعي وقال بعضهم — هذا القول قول المتن
كل دين لزمه بمعاقدته كان القول فيه قول
المدعي اذ لا يلتزم ما لا يقدر عليه والا
فالقول للمنكر لتمسكه بالاصل وذكر في كتاب
النكاح ان المرأة اذا ادعت ان الزوج
موسر وطلبت نفقة الموسرات وادعى
هو الفقر كان القول قوله وذكر في كتاب
العتاق ان احد الشريكين اذا اعتق
العبد المشترك وزعم انه موسر كان القول
قوله وهاتان المسألتان تخرجان على
الاقوال كلها ولا يخالفان شيئا منها فيكون
القول فيهما قول المنكر بناء على الاقاويل

وقال

وقال ابو جعفر البلخي يحكم الزي فان كانت
هيئته هيئة الفقير يعني المديون كان
القول قوله وان كانت هيئته هيئة
الاغنياء كان القول قول المدعي الا اذا
كان من الفقهاء او الاشراف والعباسية
فانهم يتكلفون في اللبس فلا يدل على
غناهم وقوله يحبسه بما رأى اي يحبسه
قدر ما يرى يعني فيما اذا كان القول
قول المدعي او في غيره ولكن المدعي اثبت
المال بالبينة او بنكول المدعى عليه او باقراره
وبهذا اشير الى انه ليس لحبسه مدة وانما
هو مفوض الى رأي القاضي يحبسه حتى يغلب
على ظنه انه لو كان له مال لاظهره ولم
يصبر على مقاساته وذلك يختلف باختلاف
الشخص والزمان والمكان والمال فلا
معنى لتقديره وما جاء فيه من التقدير
بشهرين او ثلاثة او اقل او اكثر اتفاقي
وليس بتقدير حتما قال **ثم سئل عنه**
اي القاضي يسأل عن المحبوس بعد ما حبسه
قدر ما يراه فان قامت بينة على اعساره
اخرجه من الحبس ولا يحتاج فيه الى لفظ
الشهادة والعدل الواحد يكفي في هذا اي
والاثنان احوط وكيفيته ان يقول الشاهدان

مقدّرة مع

ف

حاله حال المعسرين في نفقته وكسوته وحاله
منتقبة وقد اختبرنا حاله في السر والعلانية
وقال شيخ الاسلام رحمه الله هذا السوال
من القاضي عن حال المديون بعد ما حبسه
احتياط وليس بواجب لان الشهادة بالاعسار
شهادة بالنفي والشهادة بالنفي ليست بحجة
فكان للقاضي ان لا يسال ويعمل برايه ولكن
لو سال مع هذا كان احوط قال **فان لم يظهر له مال
خلاه** لان عسرته ثبتت عنده واستحق
النظرة الى الميسرة لقوله تعالى وان كان ذو
عسرة فنظرة الى ميسرة فحبسه بعده يكون
ظلما قال **ولم يحل بينه وبين غرمائه** اي لا يمنعهم
عن ملازمته وهذا عند ابي حنيفة رحمه
الله وقال ابو يوسف ومحمد يحول بينهم
لانه منظر بانظار الله تعالى الى الميسرة
فلو كان منظرا بانظارهم بان ضربوا له
الاجل لا يكون لهم حق الملازمة قبل
الاجل فكذا بانظاره تعالى بل اولى ولكنا نقول
هو منتظر الى زمان قدرته على الايفاء
وذلك ممكن في كل ساعة فيلازمونه كيلا
يغيبه ولانه قد يكتسب فوق حاجته الدارة
فيأخذون منه فضل كسبه بخلاف الاجل
لان الغريم ليس له ان يطالب قبل حلول

الاجل

الاجل مع القدرة على ادائه لانه مؤخر
وما نحن فيه نفس الدين حال وذمته
مشغولة ولكن لا يطالب لعسرته وزوال
العسرة متوقع في كل لحظة فيلازمونه
قال **ويرد البينة على افلاسه قبل حبسه** لانها
بينة على النفي فلا تقبل ما لم يتايد بمؤيد
وهو الحبس وبعده تقبل على سبيل
الاحتياط لا على الوجوب على ما بينا وعن
محمد رحمه الله انها تقبل وبه كان يفتي
الفقيه ابو بكر محمد بن الفضل ونصير بن
يحيى وعامة المشايخ على الاول قال
وبينة اليسار احق يعني اذا اقام البينة
المدعي على اليسار واقام المدعى عليه على
الاعسار كانت بينة اليسار اولى لان اليسار
عارض والبينة للاثبات قال **ويابد حبس الموسر**
لان الحبس جزاء الظلم فاذا امتنع من ايفاء الحق
مع القدرة عليه خلده في الحبس وفي الجامع
الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه
يحبسه ثم يسال عنه فان كان موسرا ابد
حبسه وان كان معسرا خلى سبيله قال
فخر الاسلام معنى المسالة اذا كان جاحدا
فاقر عند القاضي وظهر للقاضي جحوده عند
غيره ومماطلته او ظهر مماطلته بعد ما اقر

عند غيره فحينئذ يحبسه لما مر قال
ويحبس الرجل بنفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع
عن الانفاق بخلاف النفقة الماضية لانها
تسقط بمضي الزمان ولئن لم تسقط بان حكم
الحاكم بها او اصطلح الزوجان عليها فانها
ثبتت بدل عن مال ولا لزمته بعقد على
ما بينا قال لا في دين ولده لان الوالد
لا يستحق العقوبة بسبب ولده الا ترى
انه لا يجب عليه القصاص بقتله ولا بقتل
مورثه ولا يجب عليه الحد بقذفه ولا بقذف
امه الميتة بطلبه قال الا اذا ابى من الانفاق عليه
يعني لا يحبس بسبب الابن الا اذا امتنع
من الانفاق عليه فانه حينئذ يحبس لان
النفقة لحاجة الوقت وهو بالمنع قصد اهلاكه
فيحبس لدفع الهلاك عنه الا ترى ان له
ان يدفعه بقتله اذا شهر عليه السيف ولم
يمكنه دفعه الا بالقتل ولان دين النفقة
يسقط بمضي الزمان فلو لم يحبس عليها تفوت
بخلاف سائر الديون لانها لا تسقط بمضي
الزمان فلا يخاف فيها الفوات وهكذا حكم
الاجداد والجدات وان علوا وكذا المولى
يحبس بدين مكاتبه اذا لم يكن من جنس
بدل الكتابة وان كان من جنسه لا يحبس

لوقوع

لوقوع المقاصة به ولانه اذا كان من جنسه
فقد ظفر بجنس حقه فله اخذه بخلاف
ما اذا كان من خلاف جنسه لانه ليس له
ان يجعله بالدين الا برضاه والمولى بمنزلة
الاجنبي عنه حتى يجب عليه الارش بالجناية
عليه ويضمن ما اتلف من ماله فكذلك يحبس
بدينه اذا ظهر ظلمه بالمماطلة ولا يحبس
المكاتب لمولاه بدين الكتابة لانه لا يصير
ظالما بالامتناع عن بدل الكتابة لتمكنه
من فسخ الكتابة من غير رضى مولاه ويحبس
بدين آخر عليه غير الكتابة لانه يصير
ظالما بمنعه اذ لا يقدر على فسخ سبب ذلك
الدين وقال بعض مشايخنا لا يحبس فيه
ايضا لانه يتمكن من اسقاط هذا الدين
ايضا بان يعجز نفسه فيرد رقيقا فيسقط
عنه دين المولى فصار كبدل الكتابة الا ترى
ان الكفالة به لا تجوز كما لا تجوز ببدل
الكتابة بخلاف غيره من الديون ثم
صفة الحبس ان يكون في موضع ليس فيه
فراش ولا وطاء ولا يخلى احد يدخل عليه
يستأنس به ولا يخرج لجمعة ولا لجماعة ولا
لحج فرض ولا لحضور جنازة ولو اعطى كفيلا
ولا لمجيء رمضان ولا للاعياد ليضجر قلبه

ويوفي ولا يخرج لموت قريبه الا اذا لم يوجد من
يغسله ويكفنه فيخرج حينئذ لقرابة الولاد
وفي رواية يخرج وان وجد من يجهزه وان
مرض مرضا اضناه فان كان له من يخدمه
لا يخرج والا اخرج ولا يخرج للمعالجة لانه
يمكنه المعالجة في السجن وان احتاج الى الجماع لا يمنع
من دخول امراته او جاريته عليه ان كان
في السجن موضع يستره لان انتفا شهوة الفرج
كانتفا شهوة البطن وقيل يمنع لان الوطي
من فضول الحوايج بخلاف الاكل والشرب فان
منعه يودي الى الهلاك وهو يرخص له تناول
مال الغير حالة المخمصة خوفا من الهلاك فكيف
يجوز قتله لاجل الدين ولا يمنع من دخول
قرابته وجيرانه عليه لانه يحتاج اليهم للمشاورة
والتدبير في قضا الدين ولكن لا يمكنون من المكث
طويلا والمال الذي يحبس فيه غير مقدر وحتى
يحبس في درهم وما دونه لان مانعه ظالم
متعنت والله اعلم بالصواب وهو حسبي

باب كتاب القاضي الى القاضي

وغيره اعلم ان هذا الباب ليس من كتاب القضا
لانه اما نقل شهادة او نقل حكم وكلاهما ليس
منه وانما اورده فيه لانه من عمل القضاة
فكان ذكره فيه انسب قال **ويكتب القاضي**

الى القاضي في غير حد وقود وهذا استحسان
والقياس ان لا يجوز لان كتابه لا يكون اقوى
من عبارته فلو حضر بنفسه الى القاضي المكتوب
اليه وعبر بلسانه ما في الكتاب لا يعمل به
فكتابه اولى لان الكتاب قد يزور والخط
يشبه الخط وكذا الخاتم يشبه الخاتم فكان
اكثر احتمالا من البينة وجه الاستحسان
ما روي ان عليا كرم الله وجهه اجاز ذلك لحاجة
الناس اليه لانه قد يتعذر على الانسان
الجمع بين شهوده وخصمه ثم هو على ضربين
نقل حكم وهو المسمى سجلا وسيانيك بيانه
ونقل الشهادة وهو المراد ولا ابتذال يستغني
عنه بالشهادة على الشهادة فلا حاجة اليه
لانا نقول يحتاج القاضي في الشهادة على
الشهادة الى تعديل الاصول وقد يتعذر
ذلك لا سيما اذا كان في بلاد الغربة ويتعذر
نقل الشهادة على وجهها اذ اكثر الناس لا يحسنون
ذلك وفي كتاب القاضي غنية عنه لانه هو
يحول الشهود ولا يحتاج فيه الى نقل الشهادة
وانما ينقل كتابه فحسب ولا يجوز ذلك في الحدود
والقصاص لما فيه من الشبهة بزيادة الاحتمال
وقوله في غير حد وقود يفيد جواز كتبه كل حد
لا يسقط بالشبهة كالدين والنكاح والطلاق

والشفعة والوكالة والوصية والوفاة والوراثة
والقتل اذا كان موجبا للمال والنسب من
الحي والميت والغصب والامانة المجحودة
والمضاربة المجحودة والاعيان المنقولة
كالعبيد والجارية وغير المنقولة كالعقار
يروى ذلك عن محمد وعليه المتاخرون وهو
الذي يفتى به للضرورة وفي ظاهر الرواية
لا تجوز في المنقول للحاجة الى الاشارة اليها
عند الدعوى والشهادة بخلاف العقار
وغيرها من الحقوق لانها تعرف بالوصف
اذ لا يمكن الاشارة الى الدين وامثاله والعقار
يعرف بالحدود ولا يحتاج الى احضاره الى مجلس
الحاكم فصار كالدين وفي دعوى النكاح المقصود
نفس النكاح لا نفس المراة او نفس الرجل وانما
هما كالداين والمدين والنكاح كالدين وكذلك
الطلاق فلا يحتاج فيه الى الاشارة وعن
ابي يوسف رحمه الله انه اجازه في العبد
دون الامة وغيرها من المنقولات لغلبة
الاباق فيه ولتعذر دفع الامة الى رجل ولم
يحكم له بالملك لينقلها الى الكاتب وعنه انه
اجازه في الامة ايضا بشرايطه وهي ان يكلف
المدعي انه كان له عبد ابق وهو اليوم في يد
فلان ويعرف العبد غاية التعريف بصفته

واسمه

واسمه ونسبه وقيمته ويكتب القاضي
ويذكر انه شهد عندي فلان وفلان
بان العبد الهندي الذي يقال له فلان
حليته كذا وقامته كذا وسنه كذا
وقيمته كذا ملك فلان المدعي هذا
وقد ابق الى بلده كذا وهو اليوم عند
فلان بغير حق فاذا وصل الكتاب اليه
وثبت عنده انه من عند الكاتب
وفقه بشروطه على ما يجي سلم العبد
الى المدعي من غير ان يقضي له بالملك لان
الذين شهدوا لم يشهدوا بحضرة العبد
ويأخذ كفيلا من المدعي بنفس العبد
ويجعل خاتما من رصاص في عنق العبد
حتى لا يتعرض له متعرض في الطريق
انه سرقه ويكتب كتابا الى الكاتب
بذلك ويشهد شاهدين على كتابه
وختمه امر المدعي ان يحضر شهوده الذين
شهدوا عنده فيعيدوا الشهادة
بالاشارة الى العبد انه ملكه فاذا شهدوا
حكم به وكتب الى المكتوب اليه اولا ليبرئ
كفيله وقيل لا يحكم له به لان الحكم على
الغايب لا يجوز لان الخصم الذي كان عنده
العبد هو الخصم وهو غايب ولكن يكتب

ما جرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه
وختمه وما فيه ويبعث بالعبد والكتاب
معه الى ذلك الحاكم حتى يقضى له به بحضرة
المدعى عليه فاذا وصل الكتاب اليه فليفعل
هو كذلك ويبرئ الكفيل وانما فعل به
كذلك ليقطع وهم الشركة لانه ربما يشاركه
غيره فى الاسم والصفة والحلية وفى
المقضى عليه وهو الذى فى يده العبد
وهذه الجهالة بالاحضار والاشارة
اليه يرتفع فلهذا يجب احضاره والجارية
كالعبد فيما ذكرنا الا انه لا يسلمها
للمدعى بل يبعثها مع امين معه قال
فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة
لوجود الحجة ولحضور الخصم قال وكتب بحكمه
وهو المدعو سجلا اى كتاب الحكم يسمى سجلا
وانما يكتب حتى لا تنسى الواقعة على
طول الزمان وليكون الكتاب مذكرا لها
والا فلا يحتاج الى كتابة الحكم لانه
قد تم بحضور الخصم بنفسه او من يقوم
مقامه الا اذا قدر انه غاب بعد الحكم
عليه وجحده فحينئذ يكتب له ليصل اليه
حقه او لينفذ حكمه قال والا لم يحكم
اى ان لم يكن الخصم حاضرا لا يحكم لان

الحكم

الحكم على الغايب لا يجوز لما عرف فى موضعه
ولو حكم به حاكم يرى ذلك ثم نقل الشيه
نفذه بخلاف الكتاب الحكمى حيث لا ينفذ
خلاف مذهبه لان الاول محكوم به فلزمه
والثانى ابتدا حكم فلا يجوز له قال وكتب
الشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهو الكتاب
الحكمى وهو نقل الشهادة فى الحقيقة
لان الحاكم الكاتب لم يحكم بالشهادة وانما
نقلها ليحكم المكتوب اليه ولهذا يحكم
المكتوب اليه برايه وان خالف رايه راى
الكاتب بخلاف السجل فانه ليس له ان
يخالفه وينقض حكمه لان الاول قد استحكم
بالقضا وهو فصل مجتهد فيه ان كان الحكم (الخصم نسخه)
غايبا او لا متفق عليه فلا يكون لاحد
من القضاة نقضه واذًا لا فرق بين كتاب
القاضى الى القاضى والشهادة على الشهادة
الا من حيث ان شهود الفرع يشهدون
على شهادة الاصول والناقلون لكتاب
القاضى يشهدون على ان الكتاب من
القاضى فان القاضى المكتوب اليه لا يحتاج
الى تعديل الشهود الذين شهد واتى الحادثة
وفى الشهادة على الشهادة لا بد من تعديلهم
قال وقرا عليهم وختم عندهم وسلمه

اليهم اي القاضي الكاتب فعل ذلك كله
وهو من شرايطه لانهم يشهدون عند
الثاني فلابد من ان يقرا الكتاب عليهم
ليعرفوا ما فيه اذ لا شهادة بدون
العلم او يعلمهم بما فيه لان المعرفة تحصل
به وهو المقصود ولابد من ختمه بحضرتهم
ثم يسلمه اليهم كيلا يتوهم التغيير ولابد
للشهود من حفظ ما فيه لانهم يشهدون به
كما في ساير الشهادات ومن شرايطه ايضا
ان يكون للكتاب عنوان وهو ان يكتب
فيه اسمه واسم ابيه وجده واسم القاضي
المكتوب اليه وابيه وجده حتى لو اخل
بشيء منها لا يقبل الكتاب ويكتب العنوان
من داخل الكتاب حتى لو كان على الظاهر
لا يقبل وقيل هذا في عرفهم اما في
عرفنا فالعنوان ان يكون على الظاهر
فيعمل به ~~ويكتب العنوان من داخل الكتاب~~
~~حتى لو كان على الظاهر لا يقبل وقيل~~
~~هذا في عرفهم اما في عرفنا~~ فيه اسم المدعى
عليه والمدعى على وجه ما يقع به التمييز وذلك
بذكر جدهما ويذكر الحق فيه ويذكر الشهود
ان شاء وان شاء اكتفى بذكر شهادتهم وعن
ابي يوسف رحمه الله انه لا يشترط على

الشهود

الشهود الا نقل الكتاب والشهادة على انه
كتاب فلان ولا على الخاتم سوى كتابة الحاكم
التي لابد من معرفتها واختاره شمس الائمة
رحمه الله لكونه اسهل قال فان وصل الى
المكتوب اليه نظر الى ختمه ولم يقبله بلا خصم
وشهود لان هذا الكتاب يحكم به فلا يقبله
الا بحضور الخصم كالشهادة بخلاف القاضي
الكاتب حيث يسمع الشهادة ويكتبها والخصم
غايب لانه للنقل لا للحكم ونظيره الشهادة
على الشهادة حيث يشترط فيها حضور الخصم
عند الاداء لا عند التحمل ويجوز ان يزور الكتاب
فلا يقبله الا ببينة عند انكار الخصم انه كتاب
القاضي وان اقر فلا حاجة الى اقامة البينة
انه كتابه ولا يلزم كتاب الاستيمان من اهل
الحرب حيث يعمل به وان لم يثبت ببينة بانه
كتابهم لانه ليس بملزم وهذا ملزم فلابد من
حجة تامة من شهادة رجلين او رجل وامراتين
او اقرار الخصم ولا يلزم رسول القاضي الى
المزكي ورسول المزكي الى القاضي فانه يكون
معتبرا بلا بينة لان الالزام فيه بشهادة
الشهود لا بالتزكية وقال ابو يوسف رحمه
الله ياخذ القاضي المكتوب اليه الكتاب
بغير بينة ولكن لا يعمل به الا ببينة قال

فان شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه
الينا في مجلس حكمه وقراه علينا وختمه فتحه
القاضي وقراه على الخصم والزمه ما فيه يعني
اذا ثبت عدالتهم عنده بان كان يعرفهم بالعدالة
او وجد في الكتاب عدالتهم وذكر الخصاف انه
لا يفتحه الا بعد ظهور عدالتهم لانه قد لا يثبت
عدالتهم فيحتاج الى غيرهم من الشهود لاثبات
ان الكتاب من القاضي لانهم يشهدون بذلك
قبل الفتح كالشهود الاول بخلاف قبول
الكتاب حيث يقبله اذا شهدوا انه كتابه
قبل ثبوت عدالتهم بحضرة الخصم وقوله سلمه
الينا الى اخره شرط للحكم به حتى اذا قالوا
لم يسلمه الينا او لم يقراه علينا او لم يختمه
بحضرتنا لم يعمل به وشرط في الذخيرة حضور
الخصم لقبول البينة بانه كتاب فلان لا لقبول
الكتاب حتى لو قبله مع غيبة الخصم جاز ولا يشبه
ان يكون هذا قول ابي يوسف فانه عنده
يقبله من غير بينة وهو يد المدعي ايضا
اذا جاء به وحده وكذا تساهل بعد الاثبات
فقال اذا شهدوا انه كتابه ولم يشهدوا
بالختم وغيره قبله تساهل في ذلك لما ابتلي
بالقضا وليس الخبر كالمعاينة ولو وجد
في الكتاب ما يخالف شهادتهم رده ثم لا بد

من

من مسافة بين القاضيين حتى يجوز كتاب
القاضي واختلفوا في تلك المسافة فمنهم من قال
هي معتبرة بالشهادة على الشهادة وهي مسيرة
ثلاثة ايام في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف
رحمه الله انه ان كان في مكان لو غدا لاداء
الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح
الاشهاد وعن محمد رحمه الله انه يجوز
الشهادة على الشهادة وان كان الاصيل
صحيحا في المصر وذكر الكرخي في اختلاف الفقها
ان كتاب القاضي الى القاضي مقبول وان كان
في مصر واحد نظرا الى اعتباره بالتوكيل في الطا
اعتبر العجز فاله ويبطل الكتاب بموت
الكاتب وعزله هذا اذا مات او عزل
قبل وصول الكتاب الى الثاني او بعد وصوله
قبل ان يقراه عليهم لانه بمنزلة الشهادة
على الشهادة لموت الاصول قبل اداء الفروع
الشهادة يبطل اداء الفروع فكذا هذا وكذا
اذا جن الكاتب او ارتد او قذف فحد او عمي وقال
ابو يوسف رحمه الله لا يبطل بل المكتوب
اليه يقضي به ذكر قوله في الامالي وهو قول
الشافعي رحمه الله لما ان القاضي الكاتب
بمنزلة شهود الفروع وكتابته بمنزلة اداء شهود
الفرع للشهادة لانه ينقل شهادة الذين شهدوا

قوله لموت الاصول الخ كذا ذكره ... ايضا والنهاية وغيرهم وتبعهم العيني ...

بعد اداء الشهود وقبل القضا بها [illegible]
[illegible] صح

بالحق الى القاضي المكتوب اليه والنقل قد تم
بالكتابة فصار بمنزلة شهود الفرع اذا ماتوا
بعد اداء الشهادة قبل الحكم بها ولنا ان القاضي
الكاتب وان كان ينقل شهادة الذين شهدوا
عنده الا ان لهذا النقل حكم القضا الا ترى
ان هذا النقل لا يصح الا من القاضي ولا يشترط
فيه عدد ولا لفظ الشهادة ووجب على القاضي
الكاتب هذا النقل بسماع البينة وقضا فيثبت
لهذا النقل حكم القضا ولم يتم بعد لان
تمامه بوجوب القضا على المكتوب اليه
ولا يجب القضا على المكتوب اليه قبل وصول
الكتاب اليه وقبل قراته لان العلم بالمقضي
به شرط لوجوب القضا فلم يكن النقل تاما
فيبطل بموت القاضي كما في ساير الاقضية
اذا مات القاضي قبل تمامها بخلاف شهود الفرع
اذا مات الاصول بعد ادائهم الشهادة لانهم
اوجبوا الحكم على القاضي بشهادتهم فلا يسقط
عنه الوجوب بموت الاصول او بموت الفروع
كما في ساير الشهادات اذا مات الشهود بعد
الادا قبل الحكم بشهادتهم فانه لا يسقط
عنه الوجوب فكذا هذا ولو تبدله مع هذا وحكم
به ثم رفع الى قاض آخر وامضاه جاز لان قضاه
صادف محلا مجتهدا فيه لان هذا القضا مختلف

وما يجب على القاضي بسماع البينة صح

فيه

فيه واذا كان الاختلاف في نفس القضا ينفذ
بالتنفيذ من قاض آخر بخلاف ما اذا كان
الاختلاف قبل القضا حيث ينفذ بنفس القضا
لما عرف في موضعه ولو مات القاضي الكاتب
بعد ما قرأ الكتاب لا يبطل في ظاهر الرواية
ويحكم به المكتوب اليه لانه وجب عليه القضا
به بالقراءة فلا يبطل بالموت كما لو مات
الشاهد بعد اداء الشهادة قبل الحكم بها وفي
اختلاف زفر رحمه الله ويعقوب انه لا يقضي
به اذا مات قبل قضائه به قال **وموت المكتوب
اليه الا اذا كتب بعد اسمه والى كل من يصل
اليه من قضاة المسلمين** اي يبطل الكتاب
بموت القاضي المكتوب اليه الا اذا كتب الى
فلان والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين
فحينئذ لا يبطل بموت القاضي المكتوب اليه
والضمير في قوله بعد اسمه عايد الى القاضي
المكتوب اليه وقال الشافعي رحمه الله
لا يبطل وان لم يقل ذلك ويحكم القاضي الذي
جاء بعده به كما لو قال والى كل من يصل اليه
من قضاة المسلمين ولنا ان القاضي الكاتب
اعتمد على علم الاول وامانته والقضاة
يتفاوتون في الامانة فصار نظير الامنا في
الاموال بخلاف ما اذا قال والى كل من يصل اليه

من قضاة المسلمين ولنا ان القاضي الكاتب
اعتمد على علم الاول وامانته والقضاه
يتفاوتون في الامانة نصا وتطيرا الامنا
في الاموال بخلاف ما اذا قال والى كل من يصل
اليه من قضاة المسلمين لانه اعتمد الكل فكانوا
مكتوبا اليهم بخلاف ما اذا قال ابتدا الى كل
من يصل اليه من قضاة المسلمين حيث
لايجوز ان يحكم به احد لان اعلام ما في الكتاب
والمكتوب اليه شرط وتمام الاعلام لا يحصل
بهذا العدد واذا عين واحدا حصل التعريف
له وصح كتاب القاضي الى القاضي وصار غيره
تبعا له واجاز ابو يوسف رحمه الله من غير
تعيين احد من القضاة حين ابتلي بالقضا واستحسنه
كثير من المشايخ تسهيلا للامر ولا يقبل
القاضي رسالة قاض اخر وان قامت عليها بينة
لانه ينقل عبارته فيكون كان القاضي حضر
وتكلم به لا يسمع كلامه لانه كواحد من الرعية
في غير موضع ولايته بخلاف الكتاب لانه كتبه
في مجلس حكمه فكان الكتاب منه كالخطاب
للقاضي المكتوب اليه مشافهة لصدور الكتاب
من موضع القضا ولقوله ان الكتاب لا يقبل
قياسا وانما قبل للضرورة ولا ضرورة الى
الرسالة لان في الكتاب غنية عنه فبقي على

اصل

اصل القياس ويجوز للقاضي المكتوب اليه ان
يكتب كتابا الى قاض اخر اذا انفذ وحضر
خصمه عنده وكذا المكتوب اليه ثانيا ان
يكتب الى اخر الى ما لا يتناهى لان الشهادة
الواقعة عند الاول صارت منقولة الى
المكتوب اليه حكما فصاروا كانهم شهدوا عنده
حقيقة فجاز له ان ينقلها الى غيره اذ الحاجة
الى نقلها مرارا ماسة وهي المجوزة للنقل
قال لا يموت الخصم يعني لا يبطل الكتاب بموت الخصم
لان وارثه يقوم مقامه فينفذ عليه وعلى هذا الوارث
المدعي ينبغي ان لا يبطل لان قريبه يقوم مقامه فينفذ
له وكما يجوز كتاب القاضي الى القاضي يجوز كتاب
القاضي الى الامير ولكن ان كان في مصره اقتصر على
قوله اصلح الله الامير ولا يكتب اكثر من ذلك وان
كان في مصر اخر فلابد من ذكر الاسم والنسبة والختم
والشهادة كما في كتاب القاضي الى القاضي والقياس
ان لا يجوز في مصره الا به ولكن استحسنوا ذلك
للعادة فان القاضي يكتب الى الوالي ويستعين
به فيما يعجز عن اقامته في كل وقت ولو شرط ذلك لحرج جوا
لان كل احد لا يحضر مجلس الامير فيشهد والامير
لا يمكنه التفحص عن احوال الشهود فقبل الكتاب
للضرورة ولكن هذه الضرورة والعادة فيما
اذا كان الامير في مصره وان كان في مصر اخر غير

للمصر الذي فيه القاضي بنى على اصل القياس لعدم
جريان العادة والضرورة لقلة وقوعه قال
وتقضي المراة في غير حد وقود لان القضا يستقى
من الشهادة على ما بينا وشهادتها جايزة في غير من السبق
الحدود فكذا يجوز قضاها فيما فيه ولا يجوز في الحدود
والقصاص كشهادتها لما فيها من شبهة البدلية
وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز ان تولى المراة
القضا لقصور عقلها قلنا هي من اهل الولاية
وبه تصير اهلا للشهادة فكذا للقضا كالرجل
كالرجل ولا يستخلف قاض الا ان يفوض اليه
ذلك بخلاف المامور لانه فوض اليه القضا لا التقليد
فلا يتصرف في غير ما فوض اليه كالوكيل لا يوكل بدون
اذن الموكل وفي الجمعة جوزنا للمامور باداءها ان
يستخلف الا من شهد الخطبة لانها شرط فيها فلا تنعقد
دونها وان كان شرع فيها جاز ان يستخلف من لم
يدرك الخطبة لانها انعقدت بالاول فكان الثاني
بانيا فلا يشترط للبنا ما يشترط للافتتاح ولانه
لما دخل معه في الصلاة وجازت صلاته معه التحق
بمن شهد الخطبة حكما اذ هي لا تجوز الا بالخطبة
ولهذا لو افسد المستخلف الجمعة واعادها جاز
وان لم يدرك الخطبة لما ذكرنا ولو استخلف
مع ذلك فحكم الخليفة فاجازه القاضي جاز اذا كان
المستخلف اهلا للقضا وان كان رقيقا او محدودا

بالجمعة م

لكونها على شرف الفوات ثم ان احدث قبل ان يشرع في الجمعة لم يجز له ان يستخلف صح

في قذف او كافرا لم يجز وكذا اذا قضى بحضرة القاضي
جاز لان مقصود الامام بتوليته حضور رايه
كالوكيل بالبيع او الشرا اذا وكل غيره فباشر وكيله
بحضرته او بغيبته فاجازه ولو فوض اليه الامام
ان يستخلف بان قال له ول من شئت له ان يولي
من شا فيصير نايبا عن الامام في التولية حتى
لا يملك عزله كالوكيل اذا اذن له الموكل بالتوكيل
فوكل صار وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الوكيل
عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الموكل
بخلاف الوصي حيث يملك الايصا الى غيره
ويملك التوكيل والعزل في حياته لان اوان
ثبوت حكمها بعد موت الموصي وقد يعجز الوصي
عن الجري على موجب الوصية ولا يمكنه الرجوع
الى الموصي فيكون الموصي راضيا باستعانته
بغيره دلالة كيلا يفوت مصالحه بخلاف الامام
والموكل لانهما يتصرفان بانفسهما فلا تفوتهما
المصالح ولو فوض اليه العزل بان قال استبدل
من شئت كان له العزل لانه ملكه بالتفويض
اليه وهذا لانه نايب عن الامام فلا يملك
الا ما اطلق له لان رضاه بتصرفه لا يدل على
رضاه بتولية غيره لان الناس متفاوتون
في الامانة والتصرف قال واذا رفع اليه
حكم قاض امضاه ان لم يخالف الكتاب والسنة

منع الشهود او منعه فلا يفقد عرضا

المشهورة والاجماع لانه لامزية لاحد الاجتهادين
على الاخر وقد ترجح الاول باتصال القضا به فلا
ينقض بما هو دونه ولانه لو لم ينفذ الاول
لما نفذ الثاني ايضا وكذا الثالث والرابع الى ما لا
يتناهى لاحتمال ان يجي قاض يرى خلاف ذلك
فكان نافذا ضرورة وقد صح ان عمر رضي الله عنه
لما كثر اشتغاله قلد القضا ابا الدردا فاختصم
اليه رجلان فقضى لاحدهما ثم لقي عمر رضي الله عنه
المقضي عليه فسأله عن حاله فقال قضى علي فقال عمر
رضي الله تعالى عنه لو كنت انا مكانه لقضيت لك
فقال المقضي عليه وما يمنعك عن القضا اليس
هنا نص والراي مشترك وروى عن عمر رضي الله
تعالى عنه انه قضى في حادثة بقضية ثم قضى فيها
بخلاف ذلك فقال تلك كما قضينا وهذه كما
نقضي وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقها
فقضى به القاضي ثم جا قاض آخر يرى غير ذلك
امضاه فقيده بكون الثاني يرى خلاف ما حكم
به الاول وليس فيما ذكره في الكتاب التقييد
به فيوهم انه انما يمضيه اذا كان موافقا لرايه
وقالوا شرطه ان يكون عالما باختلاف العلما
حتى لو قضى في فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم ذلك
لا يجوز قضاؤه عند عامتهم ولا يمضيه الثاني
ذكره في النهاية معزيا الى المحيط وقال فيه

فقيل انه في ذلك

قال

قال شمس الايمة هذا هو ظاهر المذهب ولو
قضى في المجتهد فيه مخالفا لرايه ناسيا لمذهبه
نفذ عند ابي حنيفة وان كان عامدا ففيه
روايتان في رواية ينفذ لانه ليس بخطا بيقين
وفي اخرى لا ينفذ لانه خطا عنده وقد نهى
عن اتباع هوى غيره بقوله تعالى ولا تتبع الهوى
وعندهما لا ينفذ في الوجهين وعليه الفتوى
وقيل الفتوى على النفاذ ذكره في الكافي ثم
شرط ان لا يكون مخالفا لما ذكر من الادلة ولو
كان مخالفا لما ذكر من الادلة ولو كان مخالفا لما
نقضه الثاني لان الاجتهاد على خلاف هذه الادلة
غير سايغ فينقض وقيد بالسنة المشهورة
احترازا عن الغريب والمراد بالاجماع ما ليس
فيه خلاف يستند الى دليل شرعي فحاصله
ان الذي قضى به الاول لا يخلو من اربعة اوجه
اما ان يكون موافقا للدليل الشرعي كالكتاب
والسنة والاجماع فلا كلام فيه واما ان يكون
مختلفا فيه اختلافا يستند كل واحد الى دليل
شرعي فكذلك حكمه لا يتعرض له بنقض بعد ما حكم
به حاكم مثاله اذا رفع الى حاكم من اصحاب الشافعي
رحمه الله اليمين بالطلاق المضاف فابطل اليمين
نفذ ولا يقع الطلاق بتزوجها بعد والاحسن
ان يقول ابطلت اليمين ونقضت هذا الطلاق

واما ان يكون الخلاف فى نفس القضا ففيه روايتان
فى رواية لا ينفذ ذكره الخصاف وهو الصحيح
لان محل الخلاف لا يوجد قبل القضا فاذا قضى
فحينئذ وجد محل الخلاف والاجتهاد فلا بد
من قضاءٍ آخر يرجح احدهما وذلك مثل القضاءِ
على الغايب وللغايب وقضاءِ المحدود فى القذف
وشهادته بعد التوبة وقضاءِ الفاسق
وشهادته قبل التوبة حتى لو قضى على الغايب
او قضى الفاسق او المحدود لا ينفذ الا اذا
رفع الى حاكم اخر فقضى بصحة حكمه فحينئذ
يلزم ولو فسخه انفسخ لان الخلاف فى نفس
القضا فقبل القضا لم يوجد محله واما ان يكون
مخالفا للدليل الشرعى وهو النوع الرابع
فانه لا ينفذ قضاؤه ولا ينفذ بتنفيذ قاضى
اخر ولو رفع الى الف حاكم ونفذه لان قضاه
وقع باطلا لمخالفة الكتاب او السنة او
الاجماع فلا يعود صحيحا بالتنفيذ وذلك
مثل القضاءِ بشاهد ويمين او بالقصاص
بيمين الولى واحدا من اهل المحلة وبينه
او بصحة نكاح المتعة والموقتة او بصحة بيع
عبدٍ معتق البعض او بلزوم ثمن متروك
التسمية عمدا او بجواز نكاح الجدة او امراة
الجد او بسقوط الدين بمضى سنين او بجواز بيع

جنين

جنين ذبحت امه ومات فى بطنها او بحل
المطلقة ثلاث للاول قبل ان يدخل بها الثانى
او ابطال عفو المراة عن القود او بعدم
وقوع الطلاق [illegible] حايض او قبل الدخول
كل ذلك لا ينفذ فيه حكم الحاكم لو وقع باطلا
ولا ينفذ بالتنفيذ وبيع ام الولد من هذا
القبيل عند محمد رحمه الله حتى لو قضى
بجوازه لا يجوز وعندهما لا يرتفع فيكون
خلافه باقيا على حاله وقال شمس الايمة
يرتفع به بلا خلاف وانما ينفذ حكم الحاكم
فيه عندهما لان هذا الاجماع ضعيف
فينفذ قضاء القاضى على خلافه لضعفه قال

ويبقى القضا بشهادة الزور فى العقود والفسوخ
ظاهرا وباطنا لا فى الاملاك المرسلة اى فى

الاملاك المطلقة وهى التى لم يذكر سببها معينا
وهذا عند ابى حنيفة رضى الله عنه وهو قول
ابى يوسف رحمه الله اولا ثم رجع عنه فقال
لا ينفذ الا ظاهرا وهو قول محمد والشافعى رحمهم
الله لان شهادة الزور حجة ظاهرا لا باطنا
فصار كما لو كان الشهود عبيدا او كفارا او
محدودين فى قذف وكما اذا قضى بنكاح لرجل
على امراة وهى منكوحة الغير او معتدة وكما
فى الاملاك المرسلة ولنا قول على رضى الله عنه

الثلاث جملة او بعدم وقوع
الطلاق على حبلى او ط

يجوز واصل الخلاف فيما اذا وقع
الخلاف فى قضية فى عصر ثم اجمع العلماء
على احد القولين فى عصر آخر بعدهم
هل يرتفع الخلاف المتقدم ام لا فعنده
يرتفع فلم يعتبر خلاف المتقدم وعندهما
صح

لتلك المرأة شاهداك زوجاك ولان القضاء
لقطع المنازعة بينهما من كل وجه فلو لم ينفذ
باطنا كان لمهيد المنازعة بينهما وقد عهدنا
نفوذ مثل ذلك في الشرع الا ترى ان التفريق
باللعان ينفذ باطنا واحدهما كاذب بيقين
وكذا اذا اختلف المتبايعان وتحالفا يفسخ القاضي
بينهما الفسخ باطنا حتى يحل للبايع وطي الجارية
المبيعة فكذا في كل الفسوخ والعقود ولا يرد
علينا ما ذكروا لانا نجعل حكما كانشاء
وشرطه ان يكون المحل قابلا فاذا كانت
تحت زوج او كانت معتدة لا يقبل الانشاء انما لا
يشترط الشهود في النكاح لانه ثبت مقتضى
في ضمن صحة القضاء وما ثبت اقتضاء لا يراعى فيه
شرايطه وشهادة العبيد وكونهم ليس بحجة اصلا
بخلاف الفساق على ما عرف في موضعه ولانه
يمكن الوقوف عليهم فلا تكن شهادتهم حجة وانما
لا ينفذ باطنا في الاملاك المرسلة لان في اسباب
الملك تزاحما وليس تعيين البعض اولى من الاخر
واثبات الملك مطلقا بغير سبب ليس في وسع
البشر فتعين الالغاء بخلاف ما اذا ادعى سببا
معينا كالبيع والشراء والاجارة والنكاح والاقالة
والفرقة بالطلاق او غيره وفي الهبة والصدقة
روايتان وكذا في البيع باقل من قيمته في رواية

البيع ينفذ

لا ينفذ

لا ينفذ باطنا لان القاضي لا يملك انشاء
التبرعات في ملك الغير والبيع باقل من قيمته
تبرع من وجه وفي رواية ينفذ لان النفوذ
في ضمن صحة القضاء فلا يشترط فيه شرايطه
ولا يختص بمحل ولان البيع باقل من القيمة
ليس فيه تبرع الا ترى ان المكاتب والعبد
الماذون له يملكانه واذا ادعت المراة
ان زوجها ابانها بثلاث او بواحدة فجحد الزوج
فحلفه القاضي فحلف ان علمت ان الامر كما
قالت لا يسعها الاقامة معه ولا ان تاخذ
من ميراثه شيا وهذا لا يشكل فيما اذا كان
الطلاق ثلاثا لبطلان المحلية للانشاء قبل زوج
اخر وفيما دون الثلاث مشكل لانه يقبل
انشاء النكاح فينبغي ان يثبت الانشاء على قياس
قول ابي حنيفة رحمه الله وجوابه ان يقال
ان الانشاء انما يثبت اذا قضى القاضي بالنكاح
وهنا لم يقض به لاعتراف الزوجين بالنكاح الا
ان المراة ادعت الفرقة بينهما وعجزت
عن اثباته عند الحاكم فبقي ما كان على ما كان
فلم يحتج القاضي الى القضاء بالنكاح قال ولا
يقضي على غايب الا ان يحضر من يقوم مقامه
كالوكيل والوصي او يكون ما يدعي على الغايب
سببا لما يدعي على الحاضر كمن ادعى عينا

في يد غيره انه اشتراه من فلان الغايب
وقال مالك والشافعي يجوز القضا على الغايب
وان لم يحضر من يقوم مقامه لانه عليه
الصلاة والسلام قضى لهند امراة ابي سفيان
بالنفقة وابو سفيان غايب فقال لها
خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك
ولقوله عليه الصلاة والسلام البينة على
المدعي مطلقا من غير اشتراط حضور خصم
وان الحجة وجدت على التمام وهي البينة
وهي مبينة كاسمها فجاز القضا بها كما اذا كان
الخصم حاضرا ولنا قوله عليه الصلاة والسلام
لعلي رضي الله عنه لا تقض لاحد الخصمين
حتى تسمع كلام الاخر فانك اذا سمعت كلام الاخر
علمت كيف تقضي رواه احمد وابو داود
والترمذي بمعناه ولان القضا لقطع المنازعة
ولا منازعة هنا لعدم الانكار فلا يصح ولان
وجه القضا يشتبه في هذه الحالة لانه يحتمل
ان يقر الخصم ويحتمل ان ينكر واحكامهما
مختلفة فانه بالاقرار يقتصر وبالبينة
يتعدى فلا يجوز مع الاشتباه الا ترى انه
عليه الصلاة والسلام قال فانك اذا سمعت
كلام الاخر علمت كيف تقضي فهذا دليل على
ان العلم بوجه القضا شرط لصحة القضا

وان

وان الجهل به يمنع القضا وانه لا يرتفع الا بكلامهما
ولان البينة لا تكون حجة الا اذا عجز المنكر عن
الطعن في الشهود ومع غيبته لا يتحقق فلا يكون
حجة ولا حجة لهما في حديث هند لانه لم يكن
قضاء وانما كان فتوى او اعانة لها على اخذ
ماله الا ترى انها لم تدع الزوجية ولم تقم
البينة وكان عليه الصلاة والسلام عالما
بانها امراته ولم تكن على وجه القضا اصلا
~~وكذا قوله عليه الصلاة والسلام عالما بانها امراته~~
~~ولم تكن على وجه القضا اصلا~~ وكذا قوله عليه
الصلاة والسلام البينة على المدعي ليس لهما
فيه حجة بل هو حجة لنا لان البينة اسم لما
يحصل به البيان وليس المراد البيان في حق
المدعي ولا في حق القاضي لان المدعي عالم
بحقه والقاضي بان له بكلام المدعي اذا لم
يكن له منازع فتعين ان يكون في حق الخصم
وكذا لو اقام المدعي البينة على خصم حاضر
وزكيت بينته ثم غاب المدعى عليه لا يقضى
عليه حتى يحضر هو او من يقوم مقامه فيقضى
عليه بتلك البينة من غير اعادتها وكذا اذا
غاب قبل التزكية ولو اقر عند الحاكم فغاب
قبل ان يقضي عليه قضى عليه وهو غايب لان له
ان يطعن البينة فيبطل به دون الاقرار وعن

فلان الغايب زوجته ثلاثا واقامت
بينة ان فلانا طلق زوجته ثلاثا لم تقبل
بينتها لانه يتضرر بذلك وان كان لا يتضرر
يقبل بان قالت علقت طلاقي بدخول فلان
الغايب الدار فاقامت بينة انه دخل
الدار يقبل لانه لا ضرر عليه ومن المتاخرين
من قال في الشرط ايضا يقبل مطلقا كما في
السبب منهم علي البزدوي لان دعوى
المدعي كما يتوقف على السبب يتوقف على الشرط
ايضا قال ويقرض القاضي مال اليتيم
ويكتب الصك لا الوصي والاب لان القاضي
يقدر على تحصيل المال من المستقرض والوصي
والاب لا يقدران على ذلك فيضمنان باقراض
مال الصغير وهذا لان الاقراض تبرع
الا ترى انه لا يجوز التاجيل فيه كسائر
التبرعات فلا يملكانه ولانه باقراضهما يكون
على شرف التوى بان يجحد المستقرض على ممر
الزمان وترد شهوده لان كل مستقرض
غير مومن ولا كل شاهد مقبول ولا كل قاض
عادل بخلاف اقراض القاضي حيث يكون
الاقراض احسن تصرف في حقه لان القاضي
كثير الاشتغال فلا يمكنه ان يباشر الحفظ
بنفسه وانما يدفعه الى امينه ودفعه اليه

بطريق

بطريق القرض انظر لليتيم لانه يكون مضمونا
عليه والوديعة امانة ان هلكت تهلك بغير
شي ويومن التوى بجحود المستقرض لكونه
معلوما للقاضي ولكونه لا يقرضه لديانته
ومعرفته باحوال الناس الا من امين يومن
ولا يخاف منه الجحود وانما يكتب في الصك
ليحفظه لانه لكثرة اشتغاله يخاف النسيان
قال شمس الايمة في الاب روايتان اظهرهما
انه ليس له ان يقرض والمعنى ما بينا وليس
له ان ياخذ مال ولده الصغير قرضا لنفسه
فيما روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله
وقيل له ذلك ثم ينبغي للقاضي ان يتفقد
احوال الذين اقرضهم مال الايتام حتى لو
اختل حال احد منهم اخذ منه المال لان
القاضي وان كان قادرا على الاستخلاص
لكن انما يقدر من الغني لا من الفقير الا
ترى انه ليس له ان يقرض المعسر ابتداء
فكذا ليس له ان يتركه عنده انتهاء والله اعلم
بالصواب وهو حسبي ونعم الوكيل

باب التحكيم

لما كان المحكم من انواع الحكام ذكره في كتاب
القضاء وهو جايز بالكتاب والسنة واجماع
الامة اما الكتاب فقوله تعالى فابعثوا

حكما من اهله وحكما من اهلها نزلت في تحكيم
الزوجين واما السنة فما روي انه عليه
الصلاة والسلام نزل على حكم سعد بن
معاذ في بني قريظة وعليه اجماع الصحابة
رضي الله عنهم قال رحمه الله **حكم رجلا**
ليحكم بينهما فحكم ببينة او اقرار او نكول في غير
حد وقود ودية على العاقلة صح لو صلح المحكم
قاضيا لما تلونا ورويناه ولان لهما ولاية
انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما
لانه بمنزلة الحاكم في حقهما وشرط ان يكون
حكمه بالبينة او الاقرار او النكول ليكون
موافقا لحكم الشرع وشرط لنفوذ حكمه ان
يكون في غير حد وقود ودية على العاقلة
لان تحكيمهما بمنزلة الصلح بينهما وليس لهما
ولاية على دمهما ولهذا لا يملكان اباحته
وكذا لا ولاية لهما على العاقلة فلا ينفذ
حكم من حكماه على عاقلته ولا على القاتل
ولو ثبت القتل باقراره او ثبتت جراحة
ببينة وارشها اقل مما تتحمله العاقلة خطا
كانت الجراحة او عمدا او كان قدر ما تتحمله
ولكن الجراحة كانت عمدا لا يوجب القصاص
ينفذ حكمه عليه لان العاقلة لا تتحمله واجاز
في المحيط التحكيم في القصاص لانه من حقوق

العباد

العباد والاول ذكره الخصاف وشرط ان يكون
صالحا للقضا لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما
فيشترط فيه ما يشترط في القاضي حتى لو
حكما كافرا او عبدا او محدودا في قذف
او صبيا لا يجوز لانه لا يصلح قاضيا لانعدام
اهلية الشهادة فكذا حكما وان حكما فاسقا
او امراة جاز كما في القضا لانهما اهل الشهادة
وكذا الكافر في حق الكافر لانه اهل للشهادة
في حقه وكذا يجوز تقليده القضا ليحكم بين
اهل الذمة قال **ولكل واحد من المحكمين**
ان يرجع قبل حكمه لانه مقلد من جهتهما
فكان لهما عزله قبل ان يحكم بينهما كما ان
المقلد من جهة الامام له ان يعزله قبل ان يحكم
بين الناس ولا يقال ان التحكيم ثبت بتراضيهما
فوجب ان لا يصح عزله الا باتفاقهما لانا نقول
التحكيم من الامور الجايزة من غير لزوم فيستبد
احدهما بنقضه كما في المضاربات والشركات
والوكالات قال **فان حكم لزمهما** لان حكمه
صدر عن ولاية شرعية عليهما كالقاضي اذا
حكم لزم ثم بالعزل لا يبطل حكمه فكذا هذا
ولان حكمه لا يكون دون صلح جرى بينهما
بتراضيهما وفيه لا يكون لاحدهما ان يرجع
عنه بعد تمامه فهذا اولى قال رحمه الله

منهما

وامضى القاضي حكمه ان وافق مذهبه يعني اذا
رفع حكمه اليه وكان كما عنده نفذه ان وافق مذهبه
لانه لا فايدة في نقضه ثم ابرامه ومن فايدة الامضا
ان لا يكون لقاض اخر يرى خلافه نقضه اذا رفع
اليه لان امضاه بمنزلة قضايه ابتدا ولو لم يمضه
لنقضه قال **والا ابطله** اي ان لم يوافق مذهبه
ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم من جهته
بخلاف ما اذا رفع اليه حكم حاكم حيث لا يبطله وان
خالف مذهبه الا ان يخالف الكتاب او السنة او الاجماع
لان المولى من جهة الامام له ولاية على الناس كافة
لان مقلده له ولاية على الناس كافة فكان نايبا له
فيكون قضاؤه حجة في حق الكل فلا يتمكن احد من نقضه
كحكم الامام نفسه بخلاف المحكم لانه باصطلاح
الخصمين فلا يكون له ولاية على غيرهما ولا يلزم
القاضي حكمه بمنزلة اصطلاحهما في المجتهدات
حتى كان له نقض اصطلاحهما اذا راى خلاف
ذلك فكذا هذا وهذا لانه اعطي له حكم القاضي
في حقهما حتى اشترط فيه شرايط القضا وفي
حق غيرهما كواحد من الرعايا وقال ابن
ابي ليلى هو بمنزلة المولى من جهة الامام
حتى لا يكون لاحد ان ينقض حكمه ما لم يخالف
الدليل الشرعي وجوابه ما بينا ولو اخبر هذا
المحكم باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود

وهما على حالهما يقبل قوله لان الولاية قايمة
وان اخبر بالحكم لا يقبل لانقضا الولاية هكذا
ذكر صاحب الهداية وفي النهاية يعني لو قال
المحكم بينهما لاحدهما قد اقررت عندي
لهذا بكذا وكذا او قامت عندي بينة عليك
بكذا وكذا فعدلوا وقد الزمتك ذلك وحكمت
عليك به لهذا وانكر المقضي عليه ان يكون
قد اقر عنده بشي او قامت عليه بينة بشي
نفذ الحكم عليه لان المحكم يملك انشا الحكم
عليه بذلك فيملك الاقرار كالقاضي المولى
اذا قال في حال قضايه لانسان قضيت عليك
لهذا باقرارك او ببينة قامت عندي بذلك
فانه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى انكار
المقضي عليه فكذا هذا وقال في المحيط
حكما رجلا ما دام في مجلسه وقالا لم تحكم
بيننا وقال الحاكم حكمت فالحكم يصدق ما دام
في مجلسه لانه حكى ما يملك استينافه فيملك
الاقرار به وجعل اقراره كانشا الحكم ولا
يصدق بعده لانه لا يملك انشا الحكم فلا يملك
الاقرار به وقال فيه المحكم انما يخرج عن
الحكومة باحد اسباب ثلاثة اما بالعزل
او بانتها الحكومة نهايتها بان كان موقتا
فمضى الوقت او بخروجه من ان يكون اهلا

بان عمي او ارتد والعياذ بالله تعالى وان لم
يلحق بدار الحرب ولو غاب الاعمى عليه
وبرئ منه او قدم من سفره او حبس كان
على حكمه لان هذه الاشيا لا تبطل الشهادة
فلا تبطل الحكومة وكذا لو ولي القضا ثم عزل
عنه فهو على حكومته لان العزل لم يوجد
من جهة المحكمين وانما وجد من جهة الوالي
وولاية الحكومة مستفادة من جهة
المحكمين لا من جهة الوالي وكذا لو حكم بينهما
في بلد اخر جاز لان التحكيم حصل مطلقا
فكان له الحكومة في الاماكن كلها ولو حكما
رجلين جاز ولا بد من اجتماعهما حتى لو
حكم احدهما دون الاخر لا يجوز لانهما
رضيا برأيهما لا برأي احدهما والله اعلم بالصواب
قال وبطل حكمه لابويه وولده وزوجته
كحكم القاضي بخلاف حكمه عليهم اي يبطل حكم الحكم
لهولا كما يبطل حكم الحاكم لهم بخلاف حكمه عليهم
لانه يتهم بحكمه لهم فتبطل دون حكمه عليهم
وهذا كالشهادة حيث لا يجوز لهم ويجوز
عليهم لما ذكرنا ويجوز ان يقضي لابي امرأته
وامها وكذا الامرأة ابنه او لزوج ابنته اذا
كان المقضي له بالحياة لان شهادته جايزة
فهذا هو الحرف وان كان ميتا لم يجز لان

القضا لهم فيتناول زوجته وولده وانما كانوا
يتوارثون وان كانوا لا يتوارثون
جاز لعدم التهمة ويجوز القضا للاخوة
واولادهم والاعمام لان شهادتهم جايزة
والله اعلم بالصواب وهو حسبي ونعم الوكيل
باب مسايل شتى قال
لا يتد في سفل فيه ولا ينقب كوة فيه بلا رضي
ذي العلو معناه اذا كان لرجل سفل ولاخر
علو فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا
ولا ينقب فيه كوة وهذا عند ابي حنيفة
رضي الله تعالى عنه وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو
وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان
يبني على العلو بيتا او يضع عليه جذعا
او يحدث كنيفا قيل ما حكي عنهما تفسير لقول
ابي حنيفة رحمه الله على معنى انه لا يمنع
الا ما فيه ضرر ومثل ما قالا وقيل فيه خلاف
حقيقة وهو ان الاصل عندهما الاباحة
لانه تصرف في ملكه وهو مطلق له والحرمة
لعارض وهو الضرر بالغير فما اشكل يبقى
على اصل الاباحة وعنده الاصل هو الحظر
لانه تصرف في محل تعلق به حق الغير كالرهن
والعين المستاجرة والاطلاق لعارض وهو
عدم الضرر بيقين فما اشكل يبقى على اصل

قوله مطلق بفتح اللام
على تقدير رجوع هو على
التصرف وبكسر اللام
على تقدير رجوعه على المالك
والاطلاق هنا الاباحة

[illegible]

الحظر وهذه الاشيا من المشكل فظهر فيها ثمرة
الخلاف ولا خلاف فيما لا اشكال فيه ولو
انهدم السفل من غير صنع صاحبه لا يجبر
على البنا لعدم التعدي ولكن لصاحب
العلو ان يبني ان شا ويبني عليه علوه
ثم يرجع عليه بقيمة البنا ويمنعه من السكنى
فيه حتى يدفع اليه قيمته يوم البنا لانه
مضطر في ذلك فصار كمعير الرهن اذا قضى
الدين بغير اذن الراهن لا يكون متبرعا
اذ هو ليس بمضطر لانه يمكنه ان يقيم عرصته
ويبني في نصيبه وصاحب العلو ليس كذلك
حتى لو كانت الدار صغيرة لا يمكن الانتفاع
بنصيبه بعد القسمة كان له ان يرجع
وعلى هذا لو انهدم بعض الدار او بعض الحمام
فاصلحه احد الشريكين له ان يرجع لانه
مضطر اذ لا يمكن قسمة بعضه ولو انهدم
كله فعلى التفصيل الذي ذكرنا ولو هدم صاحب
السفل سفله بنفسه يجبر على اعادته لتعديه
بمحل تعلق به حق الغير كالراهن يعتق العبد
المرهون او مولى العبد الجاني يتصرف فيه
بعتق او نحوه وذكر الحلواني ان كل من اجبر
ان يعمل مع شريكه فاذا فعل احدهما بغير امر
الاخر لا يرجع لانه متطوع اذ كان يمكنه ان يجبره

ودذلك

ودذلك مثل كري النهر او اصلاح سفينة معيبة
او فدا العبد الجاني وان لم يجبر لا يكون
متطوعا كمسالة انهدام العلو والسفل لانه
لا يتوسل الى حقه اصلا ولم يمكنه الانتفاع
بنصيبه الا بالاصلاح فصار مضطرا وذكر
في النهاية معزيا الى قاضي خان ولو تصرف
صاحب السفل في ساحة السفل بان حفر
بئرا عند ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه
له ذلك وان تضرر به صاحب العلو وعندهما
الحكم معلول بعلة الضرر قال **وزايغة
مستطيلة ينشعب عنها مثلها غير نافذة
لا يفتح فيها اهل الاولى بابا بخلاف المستديرة**
معناه سكة طويلة ينشعب منها سكة
اخرى طويلة وهي غير نافذة فليس لاهل
السكة الاولى ان يفتحوا بابا الى السكة
الاخرى لان الباب يفتح للمرور ولا حق
لهم في الدخول فيها لكونها غير نافذة
وانما ذلك لاهلها على الخصوص الا ترى
انه لو بيعت دار منها كان حق الشفعة لهم
لا لاهل الاولى فلو مكنوا من فتح الباب
لخرجوا منه اليها اذ لا يمكنهم المنع في كل ساعة
ويخاف ان يسد بابه الاصلي ويكتفي
بالباب المفتوح ويجعل داره من تلك السكة

ارج العين بها

فيمنع منه لانها ملكهم فلا يشاركهم فيها غيرهم
ولانه يلحق بهم ضرر بان يضيق عليهم
فيمنع بخلاف ما اذا كانت نافذة لان له
الاستطراق حق العامة وهو من جملتهم
وقيل لا يمنعونه من فتح الباب لانه رفع جداره
ولو له ان ينقض كله فاولى ان يكون له نقض
البعض والصحيح هو الاول لما ذكرنا ولانه
يركب عليه بابا ويدعي حق المرور على
طول الزمان فيستدل بالباب على ان له
حق المرور فيحكم له به وقوله بخلاف
المستديرة يعني بخلاف ما اذا كانت الزايغة
الثانية مستديرة حيث يكون لكل واحد
من اهل الاولى فتح الباب اليها لانها
لما كانت مستديرة وهي التي فيها
اعوجاج حتى يبلغ عوجها راس السكة
صارت كلتاهما سكة واحدة وبني
بينهم على الشركة حتى اذا بيع دار
منها يجب حق الشفعة وهذا اذا كانت
السكة المستديرة غير نافذة ايضا
وان كانت نافذة فلجميع المسلمين فيها
حق المرور ثم اعلم ان للانسان ان يتصرف
في ملكه ما شاء من التصرفات ما لم يضر
بغيره ضررا ظاهرا فيجوز له ان يتخذ

في

في داره حماما لان ذلك لا يضر بالجيران
وما فيه من النداوة يمكن التحرز عنه
بان يبني بينه وبين جاره حائطا وعن
ابي يوسف رحمه الله ان الجيران اذا تأذوا
من دخانه فلهم منعه الا ان يكون دخان
الحمام مثل دخانهم ولو اتخذ داره
حظيرة غنم والجيران يتأذون من
نتن السرقين ليس لهم في الحكم منعه
ولو حفر في داره بيرا فنزّ منها حائط
جاره لم يكن له منعه وقيل ان كان
يعلم ذلك يقينا فله منعه وهو خلاف
قول اصحابنا رحمهم الله ولو اراد بنا
تنور في داره للخبز الدائم كما يكون
في الدكاكين او رحا للطحن او مدقات
للقصارين لم يجز لان ذلك يضر بالجيران
ضررا فاحشا ظاهرا لا يمكن التحرز
عنه والقياس ان يجوز لانه تصرف في
ملكه وترك ذلك استحسانا لاجل
المصلحة ولو سقط حائط بين دارين
ولاحدهما عورات فطلب من جاره
ان يبنا معه في البنا قال اصحابنا لا يجبر
وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله يجبر
في زماننا لانه لابد من سترة بينهما وقال

تامي حان ان كان الحايط يحتمل القسمة
ويبنى كل واحد فى نصيبه السترة لا يجبر
والا اجبر وقيل ان كان يقع بصره فى دار
جاره فله منعه عن الصعود حتى يتخذ
سترة وان كان يقع فى سطحه فلا يمنعه
قال ادعى دارا فى يد رجل انه وهبها
له فى وقت فسيل البينة فقال جحدنيها
فاشتريتها او برهن على الشرا قبل الوقت
الذى يدعى فيه الهبة لا تقبل وبعده تقبل
لوجود التناقض فى الوجه الاول لانه يدعى
الشرا بعد الهبة وشهوده يشهدون له
به قبلها وهذا التناقض ظاهر لا يمكن
التوفيق بينهما وفى الوجه الثانى يمكن
اذ الشرا وجد بعد الوقت الذى يدعى
فيه الهبة فلا يكون متناقضا ولو لم يقل
جحدنى الهبة والمسالتان بحالهما لا يقبل
فى الاولى ويقبل فى الثانية لما ذكرنا من
الامكان وعدمه ولا فرق فى ذلك بين
ان يقول جحد فى الهبة اولا ولا يقال فى
الثانى ايضا وجد التناقض لانه يدعى شراء
ملكه لانه اذا ملكه فى وقت الهبة فلا يتصور
ان يملكه بالشرا بعد ذلك لانا نقول لما جحد
الهبة ووافقه بالترك انفسخت الهبة اذ

جميع

جميع العقود تنفسخ بالجحود اذا اتفق صاحبه
بالترك غير النكاح فانه لا يقبل الفسخ فلا
يكون مناقضا ولو لم يذكر لما تاريخا او
ذكر لاحدهما ينبغى ان تقبل بينته لان
التوفيق ممكن بان يجعل الشرا متاخرا
ومثله لو ادعى دارا فى يد رجل انه لو
اشتراها من ابيه فى حياته وصحته وصاحب
اليد ينكر فعجز عن اقامة البينة وحلف
ذو اليد فاقام المدعى بينة انه ورثها من
ابيه تقبل لامكان التوفيق على ما بينا
ولو ادعى الارث من ابيه اولا ثم ادعى الشرا
منه لا يقبل لعدم امكان التوفيق وبهذا
تبين ان التناقض انما يمنع صحة الدعوى
اذا لم يمكن التوفيق وقيل لا بد من دعوى
التوفيق من المدعى والا فلا يوفق وقيل
التوفيق من غير دعواه قياس وعدم
التوفيق بدون دعواه استحسان قال
ومن قال لاخر اشتريت منى هذه الامة
فانكر فللبايع ان يطاها ان ترك الخصومة
لان المشترى لما جحد الشرا كان ذلك فسخا منه
اذ الجحود كناية عن الفسخ لان الفسخ رفع
العقد من الاصل والجحود انكار للعقد
من الاصل فكان بينهما مناسبة فجازت

انظر قبيل [illegible]

لاستعارة فكان فسخا من جهته فاذا ساعده
البايع بترك الخصومة تم الفسخ فجعل لدوطيها
وله ان يرد ها على بايعه بالعيب ان وجد
بها عيبا قديما بعد ذلك لتمام الفسخ بالتراضي
حتى اذا اقام المشتري بعد ذلك بينة انه
اشتراها منه لاتقبل بينته وفي النهاية
اذا عزم على ترك الخصومة قبل تحليف
المشتري ليس له ان يرد ها على بايعها لانه
غير مضطر في فسخ البيع الثاني لاحتمال انه
ينكل عند التحليف فاعتبر بيعا جديدا
في حق ثالث والاشبه ان يكون هذا
التفصيل بعد القبض واما قبل القبض فينبغي
ان يرد عليه مطلقا لانه فسخ من كل وجه
في غير العقار فلا يمكن حمله على البيع لان المبيع
لايجوز بيعه قبل القبض وقد بيناه من قبل
فان قيل الحكم لايثبت بمجرد العزم فكيف
يكون فسخا قلنا نحن لانثبته بمجرد العزم
وانما نثبته بالعزم واليمين او بالعزم والفعل
وهو التصرف في الجارية بالنقل من موضع الخصومة
الى بيته او بالاستخدام او امساكها بيده لان
التصرف فيها لايحل الا بالفسخ فكان فسخا دلالة
اذ اللفظ قد لايوجد دلالة كمن قال لغيره آجرتك
هذه الدابة يوما لتركبها فاخذها واستعملها

كان

كان ذلك قبولا منه دلالة لان الاخذ والاستعمال
لايحل بدون القبول قال ومن اقر بقبض عشرة
ثم ادعى انها زيوف صدق معناه اذا قال
قبضت منه عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف
صدق ثم قال ذلك موصولا او مفصولا وكذا
اذا ادعى انها بهرجة واذا ادعى انها ستوقة
لايصدق لان اسم الدراهم يقع على الجياد
والزيوف والبهرجة دون الستوقة لايصدق
لان اسم الدراهم يقع على الجياد والزيوف
والبهرجة دون الستوقة ولهذا لو تجوز بالزيوف
والبهرجة جاز حتى في الصرف والسلم دون
الستوقة والقبض لايختص بالجياد فيصدق
في انكاره قبض حقه مع يمينه بخلاف ما اذا
اقر انه قبض الجياد او حقه او الثمن او استوفى
حيث لايصدق في دعواه الزيوف لانه
مناقض لان الزيوف ضد الجياد وحقه
في الجياد فكان الاقرار بقبض حقه مطلقا
اقرارا منه بقبض الجياد والاستيفاء عبارة
عن قبض الحق بوصف التمام فكان
عبارة عن قبض حقه ايضا وبخلاف ما اذا
قبض المشتري المبيع ثم ادعى العيب حيث يكون
القول قول البايع لان المبيع متعين في البيع
فاذا قبضه فقد اقر بانه استوفى عين حقه

[illegible]

دلالة ثم يدعواه العيب بعد ذلك صار مناقضا
فلا يقبل كلامه بخلاف ما نحن فيه فان الدراهم
لا تتعين وحقه ثابت في الذمة ولم يقر بقبض
حقه وانما اقر بقبض الدراهم وهي متنوعة
فبالاقرار بقبضها لم يكن مقرا بقبض حقه
ثم في قوله قبضت دراهم جيادا لا يصدق
في دعواه الزيوف مطلقا سوا كان موصولا
او مفصولا وفيما اذا اقر بقبض الثمن
او حقه او استوفى ثم ادعى انه كان زيوفا
فنظر ان قال مفصولا لا يصدق وهو المقصود
بما ذكرنا وان كان موصولا صدق وقال
في النهاية لو اقر بقبض حقه ثم قال انها
ستوقة او رصاص يصدق موصولا لا مفصولا
قال ذكره شيخ الاسلام في الزيوف
ما زيفه بيت المال والبهرجة هي التي تضرب
في غير دار السلطان والستوقة صفر مموه
عن الكرخي الستوق عندهم ما كان عليه
الصفر او النحاس هو الغالب قال ومن
قال لاخر لك علي الف فرده ثم صدقه فلا شي عليه
يعني اذا اقر لغيره بالف فرده المقر له بان
كان ما كان لي عليك شي او قال بل هو لك
او لفلان ثم صدقه فقال بل كان لي عليك
في مكانه او بعده فلا شي على المقر لان الاقرار

والبهرجة ما رده التجار والستوقة
ما يغلب عليه الغش وقيل الزيوف
هي المغشوشة صح

وقف لله تعالى

هو الاول وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوى
فلابد من الحجة او تصديق الخصم بخلاف ما اذا
قال اشتريت وانكر حيث يكون له ان يصدقه
لان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد
بالعقد لان العقد حقهما فبقي على حاله فتعمل
فيه التصديق اما المقر له فينفرد برد الاقرار
فافترقا وبخلاف ما اذا اقر بنسب عبده لغيره
فكذبه المقر له حيث لا يرتد بذلك عند
ابي حنيفة رحمه الله حتى اذا ادعاه المقر
لنفسه لا يصح لان الاقرار بالنسب اقرار
بما لا يحتمل الابطال فلا يبطل بالرد ولو قبله
الاقرار او الابرا عن الدين او هبته له
ثم رده لا يرتد لانه بالقبول قد تم وكذا لو
قال لعبده وهبت لك رقبتك فرد لا يرتد
بالرد لان هبة العبد نفسه اعتاق وهو
لا يرتد بالرد ولو اقر بشي لانسان كالدين
وغيره فصدقه ثم رجع المقر عن اقراره
لا يقبل ولو اراد تحليف المقر له لا يحلف عند
ابي حنيفة ومحمد لان اقراره حجة عليه كالشهادة
ولان دعواه متناقضة فسدت فصار
نظير ما لو قال ليس لي على فلان شي ثم ادعى
ان له عليه دينا واراد تحليفه لا يحلف وعند
ابي يوسف رحمه الله اذا ادعى انه اقر كاذبا



وارادة تحليف المتزله يحلف لجريان العادة
بالاشهاد على هذه الاشيا قبل تحققها تحرزا
عن امتناع الاخر عن التسليم قال رحمه الله
ومن ادعى على اخر مالا فقال ماكان لك
علي شي قط فبرهن المدعي على الف وهو برهن
على القضا او الابرا قبل اي ادعى رجل على رجل
الف درهم فقال المدعى عليه ماكان لك علي
شي قط فاقام المدعي البينة ان له عليه الف
درهم واقام المدعى عليه البينة انه قضاه
او ابراه المدعي عنه تقبل بينة المدعى عليه
وقال زفر لا تقبل لان القضاء والابرا يكون
بعد الوجوب وقد انكره فيكون مناقضا
ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد
يقضى ويبرا منه الا ترى انه يقال قضى
بباطل وقد يصالح على شي فيثبت ظاهرا
ثم يقضى الا ترى انه لو ادعى القصاص
على شخص فانكر فاقام المدعي البينة واقام
المدعى عليه البينة على العفو او الصلح عنه
على مال تقبل بينته وكذا لو جرى مثل ذلك
في دعوى الرق تقبل فكذا هذا وكذا لو قال
ليس لك علي شي لان التوفيق فيه اظهر لانه لحال
قال ولو زاد ولا اعرفك لا اي لو زاد هذه
الكلمة على ما ذكرنا بان قال ما كان لك علي شي

قط

قط ولا اعرفك لا تقبل بينة المدعى عليه على القضا
او الابرا لتعذر التوفيق بين قوليه لانه لا يكون
بين اثنين معاملة من دفع واخذ واقتضا بلا
معرفة احدهما صاحبه وذكر القدوري انه يقبل
ايضا لان المحتجب من الرجال والمخدرة قد يؤذى
بالشغب على بابه فيامر بعض وكلائه بارضائه
بالدفع اليه ولا يعرفه فامكن التوفيق بهذا
الطريق وقال في النهاية فعلى هذا قالوا لو كان
المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا يقبل
بينته وفي الكافي قيل يقبل البينة على الابرا في هذا
الفصل باتفاق الروايات وقالوا فيمن قال لم ادفع
ثم قال دفعت اليه لا يقبل قوله للتناقض الا اذا ادعى
اقرار المدعي بذلك فتقبل بينته لان التناقض لا يمنع
صحة الاقرار قال ومن ادعى على اخر انه باعه
امته فقال لم ابعها منك قط فبرهن على الشرا
فوجد بها عيبا فبرهن البائع انه برئ اليه من
كل عيب لم يقبل اي وجد المشتري بها عيبا
فردها عليه فاقام البائع البينة انه ابراه
من كل عيب بها لا تقبل بينة البائع وعن ابي يوسف
رحمه الله يقبل لان التوفيق ممكن بان لم يبعها
هو وانما باعها له وكيله وابراه عن العيب فيكون
صادقا بذلك ونظيره ما ذكره ابو يوسف رحمه الله انه
لو ادعى الشرا من شخص وهو ينكر فاقام المدعي البينة على

الشرا سنه واقام المنكر البينة انه قد رد المبيع
عليه تقبل بينته لما ذكرنا من التناقض وقيل
او يقول ابرأته من كل عيب ثم استقلته
منه فاقالني ووجه الظاهر ان اشتراط البراءة تغيير
للعقد من اقتضا وصف السلامة الى غيره فيقتضي
وجود العقد اذ الصفة بدون الموصوف
لا يتصور وقد انكره فيكون مناقضا بخلاف
ما تقدم من مسالة الدين لان الباطل قد يقضي
على ما مر قال ويبطل الصك بان شا الله
اي يبطل صك الشرا والاقرار بذلك ولا يلزمه
شي لان الاستثنا مبطل على ما عرف في موضعه
ولو كتب في اخر الصك ومن قام بهذا الحق   اذا كتب في آخره ان شاء الله تعالى حتى يبطل الشراء والاقرار ح
فهو وكيلي ان شا الله او كتب فادرك فلانا
من درك فعلي فلان خلاصه بطل الصك عند
ابي حنيفة حتى يبطل الاقرار والشرا وقالا لا
ينصرف الى ما يليه وهو الاخير فيبطل به ضمان
الدرك والتوكيل ويبقى الدين على حاله اذ الاصل
في الجمل الاستقلال والصك يكتب للاستيثاق
فلو انصرف الى الكل كان مبطلا فيكون ضد
ما قصد فينصرف الى ما يليه ضرورة الا ترى
انه لو كتب كتابا الى بعض اخوانه او وكلائه
وقال في اخره يفعل كذا وكذا ان شا الله ينصرف
الاستثنا الى ما يليه حتى لا يبطل الكتاب كله

فكذا

فكذا هذا وله ان الكل كشي واحد بحكم
العطف فينصرف الى الكل كما في الكلمات المعطو   لة
بعضها على بعض مثل قوله عبده حر وامراته
طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شا الله
وما ذكره من العادة انما جرى بان يترك
فرجة او يكتب بخط على حدة فلو فعل مثل
ذلك انصرف الى ما يليه ولا يبطل الشرا
ولا الاقرار لان الفرجة كالسكوت حالة
النطق ولان الاستثنا انما يكتب في كتب الرسا   له
للتبرك عادة لا للابطال ولهذا لا يبطل
فيه ما يليه ايضا وفي الصك يبطل بالاجماع
ثم انما ذكر ذلك في الكتاب لان العادة
جرت بينهم ان يكتب في اسفل الصك
من قام بهذا الحق فهو ولي ما فيه اي وكيل
بالخصومة باثبات ما فيه من الحق وفائدة
هذه الكتابة ان يثبت به رضى الخصم
بالتوكيل لان التوكيل بالخصومة لا يجوز
الا برضى الخصم عند ابي حنيفة رحمه الله وهذا
لان توكيل المجهول وان كان لا يجوز لكن يسقط
به حقه لان المنع لحق الخصم فاذا رضي فقد
اسقط حقه والاسقاط يجوز وان كان مجهولا
اذ لا يودي الى النزاع ثم يوكل من شا وقيل
لا يفيد على قوله ايضا وانما يفيد على قول

ابن ابي ليلى فان عند ابي حنيفة لما لم يجز توكيل
المجهول لا يفيد الرضى به وعند ابن ابي ليلى
يجوز فيفيد قال وان مات ذمي فقالت
زوجته اسلمت بعد موته وقالت الورثة
اسلمت قبل موته فالقول لهم وقال زفر
القول قولها لان الاسلام حادث والاصل
في الحوادث ان يضاف الى اقرب اوقاته واقرب اوقاته
ما بعد الموت فيضاف اليه قلنا سبب الحرمان
ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال
كما في جريان ماء الطاحونة وهذا الظاهر
يعتبره للدفع وما ذكره هو يعتبره للاستحقاق
والظاهر لا يصلح للاستحقاق ويصلح للدفع
ولو مات مسلم وتحته نصرانية فجاءت مسلمة
بعد موته فقالت اسلمت قبل موته وقالت
الورثة اسلمت بعده فالقول للورثة ايضا ولا يحكم
الحال لان الظاهر لا يصلح للاستحقاق وهو مقصودها
ذلك واما الورثة فمرادهم الدفع ويشهد لهم
ظاهر الحدوث ايضا فحاصله ان الظاهر لا يصلح
للاستحقاق وهو مقصودها ذلك واما الورثة
فمرادهم وهي تدعي به الاستحقاق في المسالتين
ويصلح للدفع وهم يدعون به الدفع فكان القول
قولهم في المسالتين ولا يرد على هذا مسائل
ذكرت على سبيل النقض منها ما اذا كان في يد رجل

عبد

عبد فقأت عينه فقال رجل فقئت عينه
وهو في ملك البائع وقال المشتري فقئت وهو
في ملكي كان القول للمشتري فياخذ ارشه فهو
ما يستحق بالظاهر لانا نقول لا يجوز ان يكون
العبد لرجل وارشه لغيره فهذا استحقه
هو لا بمجرد الظهور ومنها ما اذا اختلف الموجر
والمستاجر في جريان ماء الطاحونة وحكم
الحال كان جاريا في الحال يستحق الاجرة بهذا
الظاهر لانا نقول انا لا يستحق بالظاهر
اذا لم يكن سبب الاستحقاق موجودا في
الحال واما اذا كان السبب موجودا فيثبت
فيستحق به فهنا سبب الاستحقاق وهو
عقد الاجارة موجود في الحال وكذا في المسالة
الاولى السبب وهو ملك الرقبة موجود في الحال
بخلاف الزوجية في مسالة الميراث فانها ليست
بموجودة في الحال ومنها ان المراة اذا ادعت
ان زوجها ابانها في المرض وصار فارا فترثه
وقالت الورثة ابانها في الصحة فلا ترث كان القول
قولها فترث بان الظاهر يضاف الى اقرب اوقاته
لانا نقول انما ترث لانها تنكر المانع وهو
الطلاق في الصحة والاصل عدمه فترث
قال وان قال المودع هذا ابن مودعي
لا وارث له غيره دفع المال اليه يعني اذا مات

رجل وله مال عند رجل وديعة فقال المستودع
هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يجب عليه
دفع المال اليه لاقراره بان ما في يده ملك
الوارث خلافة عن الميت فصار كما اذا اقر انه
ملك المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر
لرجل انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه
منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه لان فيه ابطال
حق المودع في العين بازالتها عن يده لان
يد المودع كيد المالك فلا يقبل اقراره
عليه ولا كذلك بعد موته بخلاف ما اذا
اقر انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه
منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه في العين
بازالتها عن يده لان يد المودع كيد المالك
فلا يقبل اقراره عليه ولا كذلك بعد موته بخلاف
المديون اذا اقر انه وكيل الطالب بقبض دينه
حيث يؤمر بالدفع اليه لانه اقرار على نفسه
حقها اذ الديون تقضى بامثالها فيؤمر بالدفع
اليه ولو دفع الى الوكيل في الوديعة قال
علاء الدين ينبغي له ان يسترد من الوكيل لانه
ساع في نقض ما اوجبه وكان ينبغي له ان يسترد
لان اقراره ليس بحجة في حق المودع والحفظ واجب
عليه فيكون بالدفع متعديا ولهذا يضمن
اذا جاء المودع وانكر التوكيل ولو لم يسلم الى الوكيل

حتى

حتى ضاعت عنده قال في النهاية قيل لا يضمن
وكان ينبغي ان يضمن لانه في زعمه وكيل والمنع
من وكيله كالمنع منه واختلف في اللقطة اذا
اقر الملتقط انها لفلان هل يؤمر بالدفع ولو
ادعى انه وصي الميت فصدقه مودع الميت
او غاصبه او وصيه لا يؤمر بالدفع اليه
ثالث وان قال لاخر هذا ابنه ايضا وكذبه
الاول قضي للاول يعني قال مودع الميت لرجل
اخر بعدما اقر للاول هذا ايضا ابنه وكذبه
الابن الاول قضي بالمال للابن الاول لانه
اقراره قد صح وانقطع يده عن المال فيكون
هذا اقرارا على الغير فلا يصح كما اذا كان الاول
ابنا معروفا بخلاف اقراره الاول حيث قبل
لعدم من يكذبه فان قيل ينبغي ان
يضمن المودع هنا للمقر له الثاني كما قلنا
في مودع القاضي المعزول سلمه اليه فانه
يضمن للقاضي على ما مر قيل قلنا هنا ايضا يضمن
نصيبه اذا دفع الى المقر له الاول بغير قضا
القاضي ذكره في النهاية قال ميراث قسم
بين الغرما لا يكفل منهم ولا من وارث وهذا
شي احتاط به بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند
ابي حنيفة وقالا يؤخذ الكفيل منهم والخلاف
فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم

بقول الشهود لا نعلم له وارثا غيرهم واما
اذا ثبت بالاقرار يأخذ كفيلا بالاتفاق وان
قالوا لا نعلم له وارثا غيرهم لا يؤخذ
منهم كفيل بالاتفاق وتفصيل ما ينقسم من
التركة بقولهم وما لا ينقسم وما يحتاج فيه الى
اقامة البينة على عدد الورثة وما لا يحتاج
فيه وما فيه من الخلاف وما لا خلاف فيه
من ذلك يذكر في كتاب القسمة ان شاء الله
تعالى لهما ان القاضي ناظر للغُيَّب ويحتمل ان
يكون له وارث اخر غايب بل هو الظاهر
لان الموت يأتي بغتة فيحتاط بالكفالة
كما اذا دفع اللقطة او الآبق الى صاحبه
او اعطى امرأة الغايب النفقة من مال
زوجها ولابي حنيفة رحمه الله ان حق
الحاضر ثابت قطعا او ظاهرا فلا يؤخر
لاجل الموهوم الى ان يعطي الكفيل كما اذا
اثبت الشراء ممن هو في يده او اثبت
الدين على العبد حتى بيع في دينه وهذا
لان القاضي مامور بما ظهر عنده لا بطلب
ما لم يظهر فلا يجوز تأخيره ارايت انه
لو لم يجد كفيلا كان يمنع حقه ولان
المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل
لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق

الزوج

الزوج ثابت وهو معلوم ورد الآبق واللقطة
على الخلاف في الاصح ان كان الدفع اليه
باقامة البينة لانه لما اثبته ببينة حرم
تاخير حقه ولا كذلك الدفع بذكر العلامة
لان الدفع اليه في هذه الحالة غير
واجب فلهذا جاز منعه فكذا تأخيره
لعدم الاستحقاق بخلاف الاثبات
بالبينة لان الدفع مستحق فيه ولا يقال
ان القاضي يتلوم في هذه الصورة ولا يدفع
اليه حتى يغلب (او يتمهل) على ظنه انه لا وارث
له غيرهم ولا غيرهما بالاتفاق ولو كان
التأخير ظلما لما فعل ذلك لانا نقول
لا يجوز للقاضي منع حق المستحق الى
معنى اخر بعد ظهوره يقينا شرعا لاجل
موهوم غير ثابت الا ترى ان الوهم موجود
وان قال الشهود لا نعلم له وارثا اخر
ولو كان لاجل الوهم يفعل لوجب التكفيل
فيه بخلاف التلوم فانه في التلوم يحتاط
لنفسه بطلب علم زايد بانتفاء الشريك
المستحق معه بقدر الامكان ومثله
جايز الا ترى ان القاضي يطلب من
الشهود ان يقولوا لا وارث له غيره
وهو ليس بشهادة لان الشهادة على

التى لا تجوز ولكنه يراد به طمانينة
القلب فكذا التلوم وقد رمد ستة
مفوض الى راى القاضى وقد مر ونه
الطحاوى بالحول وقوله وهو ظلم
اى ميل عن سوا السبيل وفيه دليل
على ان المجتهد يخطى ويصيب وعلى ان ابا
حنيفة رحمه الله برى عن الاعتزال
لا كما ظنه البعض بسبب ما نقل عنه
انه قال ليوسف بن خالد السمتى كل
مجتهد مصيب والحق عند الله واحد
قلنا معناه كل مجتهد مصيب بالاجتهاد
اذ هو المامور به وهو محجة فى حق عمله
حتى يحكم بصحته ولا يجوز له العدول عنه
وان اخطا الحق الذى هو عند الله تعالى
فيكون كانه اصاب الحق قال **ولو ادعى
دارا ارثا لنفسه ولاخ له غايب وبرهن
عليه اخذ نصف المدعى فقط** يعنى اخذ
النصف الذى هو نصيب الحاضر وترك
نصيب الغايب فى يد ذى اليد ولا يستوثق
من ذى اليد بكفيل وهذا عند ابى حنيفة
رحمه الله وقالا ان كان الذى هو فى يده
جاحدا اخذ منه وجعل فى يد امين وان
لم يجحد ترك فى يده لان الجاحد خاين

٢٤٩

فلا يترك فى يده اذ لا يؤمن من الجحود
ثانيا والقاضى نصب ناظرا للغيب وليس
فى تركه فى يده من النظر شى لان البينة
لا توجد فى كل مرة ولا كل قاض يعدل
فتعين الاخذ منه ووضعها فى يد عدل
ولانه يخاف ان يتصرف فيه لانه من يدعى
ان الشى له وهو فى يده لا يمتنع من التصرف
فيه عدلا كان او غير عدل بخلاف ما اذا
كان مقرا لان النظر فى تركه فى يده متعين
ولابى حنيفة رحمه الله ان الحاضر ليس
بخصم عن الغايب فى استيفا نصيبه
وليس للقاضى ان يتعرض لودايع الناس
ولا لغيرها حتى ياخذها من ايدى من هى
عنده فصار نظير ما لو عرف القاضى
ملكا للانسان ثم راه فى يد غيره فانه
لا ياخذه منه ولا يتعرض له ما لم يحضر
خصمه فكذا هذا وهذا لان القضا وقع
للميت مقصودا ولهذا اتفق على ذلك السيد
بكل الدار عصرو والبعض من الورثة ويقضى
بها ديونه وينفذ فيه وصاياه وصاحب
اليد مختار للميت او يحتمل ذلك فلا ينقض
يده كما اذا كان مقرا او جحوده قد ارتفع
بقضا القاضى فالظاهر انه لا يضر به

ولا يمكنه الجحود بعد ذلك لكون الحادثة
معلومة له وللقاضي ومسجلة في خريطة
القاضي ولا يقال يحتمل ان يموت القاضي
فيعود الى الانكار لانا نقول موت
القاضي والشهود الذين عاينوا القضاء
او الذين شهدوا باصل الحق او نسيانهم
من اندر ما يكون فلا يعتبر وان كانت
الدعوى في المنقول فقد قيل لا يترك
النصف الذي هو للغايب بالاتفاق
بل ينزع منه ويدفع الى عدل لانه يحتاجه
الى الحفظ بخلاف العقار لانه محصن
بنفسه ولهذا يملك الوصي بيع المنقول
على الكبير الغايب لان له ولاية الحفظ عليه
كما للاب ذلك وكذا حكم وصي الام والاخ
والعم على الصغير فيما ورثه منهم لانهم
يملكون حفظه على الصغير دون التصرف
فيه ووصيهم قايم مقامهم فيملك
ما يملكونه وقيل المنقول ايضا على
الخلاف وقول ابي حنيفة رحمه الله فيه
اظهر يعني انه مضمون عليه ولو اخذ
ودفع الى امين القاضي كان امانة فكان
الترك ابعد من التوى واما لا ياخذ
الكفيل منه لان فيها انشاء خصومة

والقاضي

والقاضي نصب لقطعها لا لانشايها واذا
حضر الغايب لا يحتاج الى اعادة البينة ولا
القضا لان احد الورثة ينتصب خصما
عن الميت فيثبت الملك للميت ثم يكون
لهم بطريق الميراث عنه وكذا يقوم الواحد
مقامه فيما عليه دينا كان او عينا فيقوم
مقام ساير الورثة في ذلك بخلاف
نفس الاستيفا فانه عامل فيه لنفسه
لا عن الميت فلا يصلح نايبا لهم ايضا لعدم
التوكيل منهم ولعدم قيامهم فيه مقام
الميت بخلاف الاثبات فانه نايب فيه
عن الميت فيما له وعليه فيكون نايبا
لهم ايضا في ضمنه وذكر في الجامع
الكبير انما يكون خصما على جميع الورثة
اذا كان المدعى في يد الوارث الحاضر
ولو كان البعض في يده يتقدر بقدره
لان دعوى العين لا يتوجه الا على ذي
اليد فلا يكون خصما عنهم الا في قدر
ما في يده بخلاف ما اذا كان المدعى على الميت
دينا حيث ينتصب فيه بعض الورثة
خصما عن الكل مطلقا قال ومن قال
مالي او ما املك في المساكين صدقة فهو
على مال الزكاة ولو اوصى بثلث ماله فهو

على كل شي والقياس ان يكون كالوصية
فيلزمه التصدق بالكل وبه قال
زفر رحمه الله لان اسم المال
يتناول الكل قال الله تعالى ولا تاكلوا
اموالكم بينكم بالباطل وجه الاستحسان
ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله
تعالى ومطلق المال في باب الصدقات
بايجاب الله ينصرف الى البعض كما في قوله
تعالى وفي اموالهم حق معلوم وقوله
تعالى خذ من اموالهم فكذا ما يوجبه
العبد على نفسه بخلاف الوصية لانها
اخت الميراث والارث يجري في جميع
الاموال فكذا هي ولان العادة ان
الانسان يلتزم الصدقة من فضول
ماله وهو مال الزكاة حال حياته
وجميع المال حال وفاته ويدخل فيه
جنس ما يجب فيه الزكاة وهي السوائم
والنقدان وعروض التجارة سوا بلغت
نصابا او لم تبلغ قدر النصاب وسوا
كان عليه دين مستغرق او لم يكن عليه
دين لان المعتبر جنس ما يجب فيه الزكاة
لا قدرها ولا شرائطها ويدخل فيه الاراضي
العشرية عند ابي يوسف رحمه الله

لانها

لانها سبب الصدقة الا ترى ان مصرفه
مصارف الزكاة فكانت جهة الصدقة
فيها راجحة وعند محمد رحمه الله لا تدخل
لانها سبب المونة ولهذا يجب في ارض
الصبي والمكاتب وفي اراضي لا مالك لها
كالاوقاف فكانت جهة المونة راجحة
عنده وذكر في النهاية قول ابي
حنيفة رحمه الله مع قول محمد رحمه
الله قال ذكره التمرتاشي معه ولا تدخل
الارض الخراجية لانها تمحضت مونة
ولا يدخل الرقيق للخدمة ولا العقار
واثاث المنازل وثياب البذلة
وسلاح الاستعمال ونحو ذلك مما ليس
من اموال الزكاة لما ذكرنا ومن مشايخنا
من قال في قوله ما املك او جميع ما املك
في المساكين صدقة يجب عليه ان يتصدق
بجميع ما يملك قياسا واستحسانا
وانما القياس والاستحسان في قوله
مالي صدقة او جميع مالي صدقة
لان الملك اعم من المال الا ترى ان الملك
يطلق على المال وعلى غيره يقال ملك
النكاح وملك القصاص وملك المنفعة
والمال لا يطلق على ما ليس بمال فاذا كان

لفظ الملك اعم يتناول جميع ما يتصدق به
كما لو نص عليه بان قال كل مال املكه مما
يتصدق به فهو صدقة والصحيح هو
الاول لانهما يستعملان استعمالا واحدا
فيكون النص الوارد في احدهما واردا في
الاخر فيكون فيه القياس والاستحسان
كما في المال ولان الانسان عادة يلتزم
التصدق بالفاضل على الحاجة فينصرف
بنيهما الجنس ما يجب فيه الزكاة ثم اذا لم
يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك
من ذلك قدر قوته فاذا اصاب شيئا
بعد ذلك تصدق بمثل ما امسك لان
حاجته متقدمة ولو لم يمسك قدر حاجته
لتكفف الناس من ساعته وليس من الحكمة
ان يتصدق بما عنده ثم يتكفف من ساعته
ولم يبين في المبسوط قدر ما يمسك لان ذلك
يختلف باختلاف العيال وباختلاف
ما يتجدد له من التحصيل فبعض اهل الحرف
يحصل لهم كل يوم وبعضهم كل ثلاثة ايام
وبعضهم اكثر وبعضهم اقل وكذا اهل التجارة
واهل الزرع يتجدد لهم في كل سنة واهل
الغلة في كل شهر عادة وهم الذين لهم
دور وحوانيت وخانات يوجرونها فيمسك

اهل

اهل كل صنعة قدر ما يكفيه الى ان
يتجدد له حاصله قال ومن اوصى
اليه ولم يعلم بالوصية فهو وصي بخلاف
الوكيل حتى لو باع الوصي شيئا من التركة
قبل العلم بالوصية جاز البيع ولو
باع الوكيل مال الموكل قبل العلم
بالوكالة ثم علم لم يجز وعن ابي
يوسف رحمه الله انه لا يجوز في الوصية
ايضا حتى يعلم لان كل واحد منهما
انابة الا ان احدهما في حالة الحياة
والاخر بعد الممات وجه الاول
ان الوصية خلافة لانه يتصرف بعد
انقطاع ولاية الموصي فلا يتوقف على
العلم كتصرف الوارث وكثبوت
الملك له والولاية الا ترى ان اب
الصغير لو مات وباع الجد ماله من غير
علم بموته جاز وكذا هذا اما الوكالة
فانابة لثبات ولاية التصرف في ماله وليس
باستخلاف لبقاء ولاية الموكل فلا يصح
بلا علمه حيث لو الولاية كاثبات
الولاية لاثبات الملك بالبيع ولان
الموكل قادر يتصرف بنفسه فلا يفوته
النظر فلا حاجة الى الانابة بدون

العلم بخلاف الميت والاذن بالتجارة
للعبد والصغير بمنزلة الوكالة فلا
يثبت الا بعد العلم ولا يجوز تصرف
الماذون له فيه لان الاذن ماخوذ
من الاذان وهو الاعلام فلا يتصور
بدون العلم قال **ومن اعلم بالوكالة
صح تصرفه** اي اذا وكل رجلا وهو لا يعلم فاعلمه واحد
من الناس كان وكيلا وجاز تصرفه سوا اخبره بذلك
عدل او غير عدل صغير او كبير لانه من المعاملات
وليس فيه الزام وانما فيه الاطلاق فلا يشترط
فيه العدالة كسائر المعاملات وكذا لا يشترط
فيه الحرية ولا الاسلام وحاصله انه
من المعاملات فلا يشترط فيه الا التمييز والله
اعلم بالصواب قال **ولا يثبت عزله الا بعدل
او مستورين كالاخبار للسيد بجناية
عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم
يهاجر** يعني لا يثبت عزله عن الوكالة الا بخبر
عدل واحد او اثنين غير عدل الى اخره وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله
لا يشترط في المخبر بهذه الاشيا الا التمييز لانها
من المعاملات فصار كالاخبار بالتوكيل
على ما بيناه ولابي حنيفة رحمة الله ان في هذه
الاشيا الزاما من وجه فيشترط فيه احد

شرطي

احد شرطي الشهادة اما العدد او العدالة
بيان الالزام ان الوكيل يلزمه العهدة
على تقدير انه يتصرف و لا يلزمه شي على تقدير
عدم التصرف وكذا الشفيع يلزمه سقوط
الشفعة على تقدير سكوته وعلى تقدير الطلب
لا يلزمه شي وكذا البكر على تقدير السكوت
يلزمها النكاح وعلى تقدير الرد لا يلزمها وكذا
السيد على تقدير التصرف فيه بالعتق وغيره
~~يلزمه الارش وعلى تقدير عدم التصرف فيه~~
~~بالعتق وغيره يلزمه الارش وعلى تقدير~~
~~الرد لا يلزمها وكذا السيد على تقدير التصرف~~
~~فيه بالعتق وغيره يلزمه الارش~~ وعلى تقدير
عدم التصرف لا يلزمه ففي كل موضع يلزمه
من كل وجه يشترط فيه العدد والعدالة
كما في المنازعات عند الحكام وفيما لا يلزمه
من كل وجه لا يشترط فيه العدد ولا
العدالة فاذا كان فيه الزام من وجه
دون وجه يشترط فيه احدهما وقد
بيناه في النكاح واما المسلم الذي اسلم
في دار الحرب ولم يهاجر الينا فالاصح انه
يقبل فيه خبر الفاسق حتى يجب عليه
الاحكام بخبره لان المخبر به رسول
رسول الله صلى الله عليه وسلم لقوله

عليه الصلاة والسلام الا انه يبلغ الحديث
وفي الرسول لا يشترط فيه العدد الزكا بكر
اذا اخبرها رسول الولي بالتزويج وهذا
الخلاف فيما اذا عزله الموكل وبلغه واما
اذا لم يبلغه فهو على وكالته حتى يبلغه
بالاجماع لان نهي العبد معتبر بنواهي
الشرع فكما لا يثبت النهي في الشرع بعد
الاطلاق قبل البلوغ الى المكلف حتى لا
يجرم عليه قبله فكذا نهي العبد وهذا
في العزل القصدي واما اذا كان حكميا
فيثبت وينعزل قبل العلم به وذلك مثل
موت الموكل وجنونه مطبقا قال ولو
باع القاضي او امينه عبدا للغرما واخذ
المال فضاع واستحق العبد لم يضمن
اي ضاع ثمن العبد في يد البايع وهو
القاضي او امينه لم يضمن القاضي ولا امينه
الثمن للمشتري لان امين القاضي قايم
مقام القاضي قايم مقام الخليفة
وكل واحد منهم لا يلزمه الضمان لانه لو
لزمته الضمان لتقاعدوا عن قبول هذه
الامانة كيلا يلزمهم الضمان وتعطلت
مصالح المسلمين وكذا لو قبض الثمن وضاع
في يده وهلك العبد قبل التسليم

والقاضي

الى

الى المشتري لا يضمن القاضي ولا امينه
الثمن لما ذكرنا قال ويرجع المشتري
على الغرما لان البيع واقع لهم فتكون
عهدته عليهم عند تعذر جعلها على العاقد
كما تجعل العهدة على الموكل اذا تعذر جعلها
على الوكيل بان كان الوكيل عبدا او صبيا
محجورا عليه لان العقد وقع له قال
وان امر القاضي الوصي ببيعه لهم فاستحق
او مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري
على الوصي لان الوصي هو العاقد نيابة عن
الميت فترجع الحقوق اليه كما اذا وكله
حال حياته وهذا اذا كان الميت اوصى
اليه فظاهر وكذا اذا نصبه القاضي لان
القاضي انما نصبه ليكون قايما مقام الميت
لا ليكون قايما مقام القاضي فصار كمن
اوصى اليه الميت قال وهو على الغرما اي
رجع الوصي على الغرما لانه عامل لهم ومن
عمل لغيره عملا ولحقه بسببه ضمان
يرجع به على من يقع العمل ولو ظهر للميت
بعد ذلك مال رجع الغريم فيه بدينه
لان دينه لم يصل اليه ويرجع بما ضمن
للوصي او المشتري في المسالة الاولى وهو
ما اذا كان البايع هو القاضي او امينه لانه

نفى بذلك وهو مضطر فيه وقيل لا يرجع به
لان الضمان وجب عليه بفعله لان قبض
الوصي كقبضه والاول اصح لما ذكرنا والوارث
اذا بيع له كان بمنزلة الغريم لانه اذا لم
يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له
فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ان كان هو
وصي الميت وان كان القاضي او امينه
هو العاقد رجع عليه المشتري (اي الوارث ابتداء) لما ذكرنا
قال ولو كان قاض عدل عالم قضيت على
هذا بالرجم او بالقطع او بالضرب فافعله
وسعك فعله قيده ههنا بكونه عدلا
وعالما وفي الجامع الصغير لم يقيده بهما
وهو الظاهر وانما يسعه فعله لان طاعة
اولي الامر واجبة قال الله تعالى واطيعوا
الرسول واولي الامر منكم وفي تصديقه
طاعة ولانه اجبر على امر يملك انشاءه
في الحال فيقبل قوله لخلوه عن التهمة
ولانه لا يولى في موضع الا قاض واحد
في الاعصار كلها ولو لم يقبل قوله وحده
لولي في مكان قاضيان فعلم بذلك ان قوله
حجة ثم رجع محمد رحمه الله عن هذا
فقال لا يوخذ بقوله الا ان يعاين
الحجة او يشهد بذلك مع القاضي عدل
وبه

وبه اخذ مشايخنا رحمهم الله لفساد
اكثر قضاة زماننا والتدارك غير ممكن
ولان قبول خبر الواحد رتبة الانبياء
عليهم الصلاة والسلام وغيرهم غير
معصوم عن الكذب والغلط الا في كتاب
القاضي الى القاضي لضرورة احياء الحقوق
ولان الخيانة في مثله قل ما تقع وقال
ابو منصور الماتريدي رحمه الله ان
كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة
الخيانة واحتمال الخطا لانه بعدالته
يومن من الميل بالرشوة ولفقهه يومن
من الغلط ظاهرا وان كان عدلا جاهلا
يستفسر لان الجاهل قد يظن غير الدليل
دليلا فان احسن بان يذكر شرائطه
مثل ان يحكم بحد الزنا مثلا باقرار او
ببينة يأتي بشرائطه عند التفسير
وجب تصديقه لان عدالته تمنعه عن
الكذب وان لم يحسن بان اخل في شرائطه
من نصاب الشهادة او التكرار في الاقرار
ونحو ذلك لا يقبل قوله وان كان فاسقا
فكذلك الا ان يعاين الحجة لاحتمال
الخطا او الخيانة قال الله تعالى في نبا
الفاسق ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا

والمصنف رحمه الله اختار هذا القول
وان لم يصدقه فلا يمين على القاضي
لان اليمين يجب على الخصم والقاضي
ليس بخصم وانما هو امين ولو صار خصما
لما نفذ قضاؤه قال وان قال قاض
عزل لرجل اخذت منك الفا ودفعته
الى زيد قضيت به عليك فقال الرجل
اخذته ظلما فالقول للقاضي وكذا لو
قال قضيت بقطع يدك في حق اذا كان
المقطوع يده والماخوذ منه ماله مقرا
انه فعله وهو قاض لان المقضي عليه
لما اقر انه فعله في حال قضائه صار
معترفا بشهادة الظاهر للقاضي لان
فعل القاضي على سبيل القضاء لا يوجب
عليه الضمان بحال فيجعل القول قوله
ولا يجب على القاضي في ذلك يمين لانه
ثبت انه فعل ذلك في حال قضائه صار
معترفا بشهادة الظاهر للقاضي لان
فعل القاضي على سبيل القضاء لا يوجب
عليه الضمان بحال فجعل القول قوله
ولا يجب على القاضي في ذلك يمين لانه ثبت
انه فعل ذلك في حال قضائه بتصادقهما
ولا يمين على القاضي لما ذكرنا ولو اقر

الاخذ

الآخذ والقاطع بما اقر به القاضي لم يضمنا
ايضا لان قول القاضي حجة ودفعه صحيح
فصار اقراره به كفعله معاينا ولو زعم
المقطوع يده والماخوذ منه ماله انه لم يكن
قاضيا يومئذ وانما فعل ذلك قبل التقليد
او بعد العزل كان القول للقاضي ايضا لانه
اسنده الى حالة معهودة منافية للضمان
فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت وانا
مجنون والجنون كان معهودا منه وقال شمس
الائمة السرخسي رحمه الله اذا زعم المدعي ان
القاضي فعل ذلك بعد العزل كان القول قول
المدعي لان هذا الفعل حادث فيضاف الى اقرب
اوقاته ومن ادعى تاريخا سابقا لا يصدق الا
بحجة لان الاصل متى وقعت المنازعة في الاسناد
يحكم الحال كما اذا اختلفا في جريان ماء الطاحونة
وهو لو فعل في هذه الحالة يجب عليه الضمان
فلا يصدق في الاسناد الى حالة منافية الا بحجة
بخلاف المسألة الاولى لانه ثبت الاسناد
بتصادقهما والصحيح هو الاول لما ذكرنا وهو
اختيار فخر الاسلام علي البزدوي والصدر
الشهيد رحمهما الله ونظيره اذا قال العبد
لغيره بعد العتق قطعت يدك وانا عبد
وقال المقر له بل قطعتها وانت حر كان القول

قول العبد وكذا لو قال المولى لعبد قد اعتقته
اخذت منك غلة كل شهر خمسة دراهم وانت
عبد فقال المعتق اخذتها بعد العتق
كان القول قول المولى وكذا الوكيل بالبيع
اذا قال بعت وسلمت قبل العزل وقال الموكل
بعد العزل كان القول للوكيل ان كان المبيع
مستهلكا وان كان قايما فالقول قول
الموكل لانه اخبر عما لا يملك الانشانه
فيصير مدعيا وكذا في مسالة الغلة
لا يصدق في الغلة القايمة لانه اقر بالاخذ
وبالاضافة يدعي عليه التمليك ولو اقر القاطع
والاخذ في هذا الفصل بما اقر به القاضي
يضمنان لانهما اقرا بسبب الضمان وقول
القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه
لا في ابطال سبب ضمان على غيره بخلاف
الاول لانه ثبت فعله في قضايه بالتصادق
فان قيل قد وجد الاسناد منهما ايضا
الى حالة معهودة منافية للضمان فوجب
ان لا يضمنا ايضا كالقاضي قلنا ان هذه
حجة عارضها ما هو اقوى منها يقتضي وجوب
الضمان وهو الاقرار بسبب الضمان لان
هذه حجة قطعية تكون اقرار كل مقر حجة
قطعية على نفسه وما ذكرنا من قضاء

القاضي

القاضي في حقهما حجة ظاهرة لا قطعية والظاهر
لا يعارض القطعي وكان ينبغي ان يكون في
حق القاضي كذلك ويجب عليه الضمان لكن لو
اوجبنا عليه الضمان لامتنع الناس عن
تقلد القضاء والضمان بعد العزل
نزل لذلك ولو كان المال في يد الاخذ
قايما وقد اقر بما اقر به القاضي والماخوذ
منه المال صدق القاضي في انه فعله في قضايه
او ادعى انه فعله في غير قضايه يوخذ منه
لانه اقر ان اليد كانت له فلا يصدق في دعوى
تملكه الا بحجة وقول المعزول ليس
بحجة فيه وهو نظير مسالة الغلة على
ما بينا ومن نظاير هذه المسايل ما لو قال
الوصي بعد ما بلغ اليتيم انفقت عليه كذا
وكذا من المال وانكر اليتيم ذلك كان القول
قول الوصي لما انه اسند الى حالة منافية
للضمان واورد في النهاية على المسايل
المتقدمة ما اذا اعتق المولى امته ثم قال
لها قطعت يدك وانت امتي فقالت هي
قطعتها وانا حرة كان القول قولها وكذا
في كل شي اخذه منها عند ابي حنيفة وابي يوسف
مع انه منكر للضمان باسناده الفعل
الى حالة منافية له فاجاب بالفرق

بينهما من حيث ان المولى اقر باحد شاهديها
شراء عبد التملك لنفسه فيصدق في اقراره
ولا يصدق في دعواه التملك له وكذا لو قال لرجل
اكلت طعامك باذنك فانكر الاذن يضمن
المقر وهذا الفرق غير مخلص والله اعلم بالصواب

كتاب الشهادة

قال هي اخبار عن مشاهدة وعيان لا عن
تخمين وحسبان هذا في اللغة ولهذا قالوا
انها مشتقة من المشاهدة التي تنبئ عن
المعاينة وسمي الاداء شهادة اطلاقا لاسم
السبب على المسبب وقيل هي مشتقة من الشهود
بمعنى الحضور لان الشاهد يحضر مجلس القاضي
ومجلس الواقعة وهي في اصطلاح اهل الشريعة
عبارة عن اخبار بصدق مشروط فيه مجلس القضا
ولفظة الشهادة وشرطها العقل الكامل والضبط
والولاية والقدرة على التمييز بين المدعي
والمدعى عليه وركنها لفظ اشهد بمعنى الخبر
دون القسم وحكمها وجوب الحكم على القاضي
بما تقتضيه الشهادة والقياس يابى ان
يكون الشهادة حجة ملزمة لانه خبر محتمل
للصدق والكذب ولكن تركنا ذلك بالنصوص
والاجماع قال ويلزم بطلب المدعي اي
يلزم اداء الشهادة ولا يسع كتمانها اذا طلب

المدعي

المدعي لقوله تعالى ولا ياب الشهداء اذا ما
دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن
يكتمها فانه اثم قلبه وان كان نهيا عن
الاباء وعن الكتمان لكن النهي عن الشيء يكون امرا
بضده اذا كان له ضد واحد لان الانتهاء
لا يكون الا بالاشتغال به فكان اداء الشهادة
فرضا قطعا كفرضية الانتهاء عن الكتمان
فصار كالامر به بل اكد ولهذا اسند الاثم
الى الالة التي وقع بها الفعل وهي القلب
لان اسناد الفعل الى محله اقوى من اسناده
الى كله كقوله ابصرته بعيني اكد
من قولهم ابصرته واسناده الى اشرف
الجوارح دليل على انه اعظم الجرائم
بعد الكفر بالله تعالى ثم انما ياثم اذا علم
ان القاضي يقبل شهادته وتعين عليه
الاداء وان علم ان القاضي لا يقبل شهادته
او كانوا جماعة فادى غيره ممن تقبل
شهادته فقبلت قالوا لا ياثم وان ادى
غيره ولم تقبل شهادته ياثم من لم يؤد
اذا كان ممن تقبل شهادته لان امتناعه
يؤدي الى التضييع هذا اذا كان موضع
الشاهد قريبا من موضع القاضي وان كان
بعيدا بحيث لا يمكنه ان يغدو الى القاضي

لاداء الشهادة ويرجع الى البلد في يومه ذلك
قالوا لا يأثم لانه يلحقه الضرر بذلك وقال
تعالى ولا يضار كاتب ولا شهيد ثم ان كان الشاهد
شيخا كبيرا لا يقدر على المشي الى مجلس القاضي وليس
له شيء من المركوب فاركبه المدعي من عنده قالوا
لا باس به ويقبل شهادته لانه من باب
الاكرام للشهود وقد قال عليه الصلاة
والسلام اكرموا الشهود وان كان يقدر ركبه
المدعي من عنده قالوا لا تقبل قال والستر
في الحدود احب لقوله عليه الصلاة والسلام
للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان
خيرا لك وهذا الحديث ولفظ المختصر يدل
على انه مخير بين الستر والاظهار ولكن الستر
افضل لما روينا ولقوله عليه الصلاة والسلام
من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا
والاخرة وفيما نقل من تلقين المقر للدرء عن
النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه دلالة
ظاهرة على ان الستر افضل وان شاء ظهر
لان فيه حسبة ايضا لان فيه ازالة الفساد
او تقليله فكان حسنا ولا يلزم على هذا قوله
ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة
في الذين امنوا الاية لان ظاهر الاية والله
اعلم يقتضي انهم يحبون ان تشيع فيهم

الفاحشة

الفاحشة لاجل انهم امنوا وذلك صفة
الكافر فلذلك وعد بعذاب اليم ولان
مقصود الشاهد ارتفاع من العباد
لا اشاعتها ولهذا امر الله تعالى بالاشهاد
فيه لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة
فهذا حسن والاول وهو الستر احسن لما
بينا ولا يلزم علينا قوله تعالى ومن يكتمها
فانه اثم لان المراد في حقوق العباد بدليل
قوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا اي اذا
دعاهم المدعي اذ الحد ليس له مدع يدعيها
ولان الحد حق الله تعالى والله غني عن
كل شيء مع كرمه ولطفه بعباده والعبد محتاج
شحيح فلا يقاس احد الحقين على الاخر قال
ويقول في السرقة اخذ لا سرق لان الشهادة
بالمال واجب اذا طلبه المدعي والستر في الحد
افضل على ما بينا وامكنه الجمع بينهما باقا منه
الحقين بقوله اخذ لانه يحيي حق المدعي
ولا يجب به الحد ولان القطع متى وجب عليه سقط
الضمان اذ لا يجتمعان فلا يحصل مقصود المدعي
بقوله سرق فيتوقاه مراعاة لحقه اذ هو محتاج
اليه وفيه صيانة يد السارق والله غني عن كل
شيء فلا ضرورة الى اقامته قال وشرط الزنا
اربعة رجال لقوله تعالى واللاتي يأتين

الفاحشة من نسائكم ولقوله تعالى والذين يرمون
المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهدا ولقوله
تعالى لولا جاوا عليه باربعة شهدا ولقوله
عليه الصلاة والسلام ائت باربعة يشهدون
على صدق مقالتك وهذه الالفاظ موضوعة
للذكور دون الموث وقد انعقد الاجماع على
اشتراط الذكورة فيه ولان الله تعالى يحب
الستر على عباده واوعد بالعذاب من احب
اشاعة الفاحشة على المومنين بالتلوث
وفي اشتراط الاربع مع وصف الذكورة
تحقيق معنى الستر اذ وقوف الاربع على هذه
الفاحشة قل ما يتحقق واوجب على من نسب
الى هذه الفاحشة الحد ان كان اجنبيا واللعان
ان كان زوجا كل ذلك يوكد معنى الستر ويمنع
من الاظهار ولا يقال ليس في هذه النصوص
الا بيان جواز العمل بهذا العدد وليس
فيه بيان ما يمنع العمل باقل منه لانا
نقول هو كذلك لان التخصيص بالذكر
لا يدل على انتفا الحكم عند انتفا المذكور
ولكن لا يوجبه ايضا فمن ادعى جواز ما دونه
يحتاج الى دليل كما ان النافي للحكم عند
انتفائه لا يكفيه الا العدم دليل يقتضيه
اذ لا يثبت الحكم الشرعي بغير دليل وقد وجد

الدليل على انتفائه عند انتفا العدد المذكور
عندنا وهو اجماع الصحابة ومن بعدهم الى
يومنا ان الشهود على الزنا اذا نقص عددهم
عن الاربعة يجب عليهم الحد لكونهم قذفة
الا ترى ان عمر رضي الله عنه حد الثلاثة
الذين شهدوا على مغيرة بالزنا ولو
كان الزنا يثبت بما دونه لوجب عليهم
الحد بل كان يجب على المنسوب الى الزنا
ولا يمكن القياس على غيره من الحقوق
لعدم المساواة ولوجود النص في الفرع
وشرط القياس المساواة بين الاصل
والفرع وان لا يكون في الفرع نص يمكن
العمل به قال **ولبقية الحدود والقصاص**
رجلان لحديث الزهري مضت السنة من
لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين
من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصا ص
وقال تعالى واستشهدوا شهيدين من
رجالكم ولان شهادة النساء فيها شبهة
البدلية لان كل اثنتين منهن قائمة مقام رجل
فلا تقبل فيما يدرأ بالشبهات كما لا يجوز فيها
كتاب القاضي الى القاضي وانما كانت فيها شبهة
البدلية لا حقيقتها لان البدل الحقيقي لا يصار
اليه مع القدرة على الاصل غالبا وشهادة

امراتين مع رجل يقبل مع وجود الشهود من
الرجال ومعنى قوله تعالى فان لم يكونا
رجلين قالوا ان لم تشهدا حال كونهما
رجلين فليشهد رجل وامراتان ولولا
هذا التاويل لما اعتبر شهادتهن مع وجود
الرجال وشهادتهن معتبرة معهم عند
الاختلاط بالرجال ايضا حتى اذا شهد
رجال ونسوة بشي بينا فالحكم الى الكل حتى
يجب الضمان على الكل عند الرجوع قال
ولو الولادة والبكارة وعيوب النسا فيما لا
يطلع عليه رجل امراة يعني يشترط لثبوت
هذه الاشيا شهادة امراة لقوله عليه
الصلاة والسلام شهادة النسا جايزة فيما
لا تستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى
بالالف واللام اذا لم يكن ثم معهود يراد
به الجنس فيتنا ول الاقل وقال حذيفة
رضي الله عنه اجاز رسول الله صلى الله عليه
وسلم شهادة القابلة على الولادة وقال
الشافعي رحمه الله يشترط فيه ان يشهد
اربعة من النسا لان كل امراتين يقومان
مقام رجل واحد في الشهادة وقال ابن
ابي ليلى يشترط ان يشهد فيه ثنتان من
النسا لان المعتبر في باب الشهادات

شيان

شيئان العدد والذكورة وتعذر اعتبار
احدهما فيبقى الاخر وهو العدد على حاله
والحجة عليهما ما رويناه ولانه اسقط اشتراط
صفة الذكورة ليخف النظر لان نظر
الجنس اخف فكذا يسقط اعتبار العدد
لان نظر الواحد اخف والاحوط الاثنان
او اكثر لما فيه من معنى الالزام ويشترط
فيها ساير شرايط الشهادة من الحرية
والاسلام والعقل والبلوغ والعدالة
وحكم شهادتهن في الولادة والبكارة
والعيوب قد ذكرنا كل واحد منها في موضعها
من الطلاق والبيوع واما شهادتهن في
استهلال الصبي لا يقبل في حق الارث عند
ابي حنيفة رحمه لانه مما يطلع عليه
الرجال ويقبل في حق الصلاة عليه لانه
من امور الشهادة كشهادتها في هلال
رمضان وفي رواية الاخبار وعندهما
تقبل لان الاستهلال علامة حياته ولا
يعرفه الا من حضره ولا يحضرها الرجال
عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة
ويقبل في الولادة شهادة رجل واحد
ايضا لانه لما قبل فيه شهادة المراة
كان الرجل بالطريق الاولى ثم اختلفوا

فيما اذا قال تعمدت النظر قال بعضهم يقبل كما في الزنا قال رحمه الله **ولغيرها رجلان او رجل وامراتان** اي يشترط لغير الحدود والقصاص وما لا يطلع عليه الرجال شهادة رجلين او رجل وامراتين سواء كان الحق مالا او غير مال كالنكاح والطلاق والعتاق والوكالة والوصاية ونحو ذلك مما ليس بمال وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها كالاجل وشرط الخيار لان الاصل عدم قبول شهادتهن لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للخلافة ولهذا لا يقبل شهادتهن وحدهن وان كثرن ولا مع الرجال في الحدود والقصاص وانما قبلت في الاموال وتوابعها للضرورة لكثرة وقوعها وقلة خطرها ولا كذلك غير المال ولنا ما روى وعليا رضي الله عنهما اجازا شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة ولانها حجة اصلية لا ضرورية والاصل فيها القبول لوجود ما يبتني عليه اهلية الشهادة وهي الولاية وهي تبتني على الحرية والارث ولوجود اهلية القبول وهي تبتنى على انتفا

ان عمر

التهمة

التهمة بالكذب او الغلط فالكذب ينتفي بالعدالة والغلط ينتفي باتقان المعاينة والضبط والاداء لان بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يحصل به البقاء والدوام وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا تقبل روايتها في الاخبار وكان ينبغي ان تقبل شهادتهن مطلقا كالرجال ولكن جاء النص بخلافه كيلا يكثر خروجهن ونقصان الضبط بزيادة النسيان اعتبر بضم اخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة وهذه الحقوق تثبت مع الشبهة كالمال بل فوقه الا ترى ان النكاح يثبت مع الهزل وكذا الطلاق والعتاق والمال لا يثبت واي شبهة اقوى من الهزل بخلاف الحدود والقصاص لانها لا تثبت مع الشبهة قال رحمه الله **وللكل لفظة الشهادة والعدالة** اي يشترط لجميع مراتب الشهادة وهي اربع مراتب على ما مضى بيانه لفظة الشهادة والعدالة لكي يقبل حتى لو قال الشاهد اعلم او اتيقن لا تقبل شهادته لان النصوص ناطقة به بالاستشهاد فلا يقوم مقامها غيرها لما فيها من زيادة توكيد لانها من الفاظ اليمين فيكون معنى اليمين ملاحظا فيها والامتناع

عن الكذب بهذا اللفظ اشد اذ لا يوجد
هذا المعنى في غير هذا من الالفاظ بخلاف
غير هذا من الاوامر حيث لا يراعى فيه
اللفظ الذي ورد به الامر بل يتاتى بكل
لفظ يعطي ذلك المعنى كالتكبير والايمان
حتى صح الدخول في الصلاة بلفظ التكبير
وغيره مما هو في معناه وكذا الايمان تجوز
باي لفظ كان لحصول المقصود به ولان
في الشهادة الزام الحاكم الحكم وثبت ذلك
على خلاف القياس فيراعى جميع ما ورد به
النص والعراقيون لا يشترطون لفظة
الشهادة في شهادة النساء فيما لا يطلع عليه
الرجال ويجعلونه من باب الاخبار لا من
باب الشهادة والصحيح هو الاول لانه من
باب الشهادة ولهذا يشترط فيه شرايط
الشهادة من الحرية ومجلس الحكم وغيرهما
والعدالة هي المعينة للصدق قال الله تعالى
واشهدوا ذوي عدل منكم وقال تعالى
ممن ترضون من الشهداء والعدل هو المرضي
ولان من يباشر غير الكذب من المعاصي قد
يباشر الكذب وهذا لان الخبر يحتمل
الصدق والكذب وبالعدالة يترجح جهة
الصدق وهي لانزجارهما يعتقد حرمته والحجة

هو الخبر

وقف لله تعالى

هو الخبر الصدق ولا يلزم حجية دونها
وهي شرط لزوم العمل بالشهادة لا شرط
اهلية الشهادة اذ الفاسق لو لاية
القضاء السلطنة فيكون اهلا للشهادة
الا ان فسقه اوجب التوقف في خبره
لتهمة قال الله تعالى ان جاءكم فاسق بنبا
فتبينوا امر بالتبيين والتثبت لا بالرد
حتى اذا غلب على ظنه انه صادق في
الشهادة جاز ان يحكم به وعن ابي يوسف
رحمه الله ان الفاسق اذا كان وجيها
في الناس ذا مروءة تقبل شهادته
لعدم تمكن تهمة الكذب في شهادته
لانه لوجاهته لا يتجاسر احد على استيجاره
لاداء الشهادة ولمروته يمتنع عن الكذب
من غير منفعة له في ذلك والاول اصح
لما ذكرنا ولان في قبول شهادته اكراما
له قال عليه الصلاة والسلام اذا لقيت
الفاسق فالقه بوجه مكفهر ومن يكون
معلنا للفسق فلا مروة له شرعا فلا يلزم
قبول شهادته حتما على وجه لا بد له منه
قال ويسال عن الشهود سرا وعلنا
في ساير الحقوق وهذا عند ابي يوسف
ومحمد وقال ابو حنيفة يقتصر على ظاهر

اكرموا الشهود فان الله تعالى يحيي الحق بهم وفي حق الفاسق امر بخلافه قال عليه الصلوة والسلام

عدالة المسلم ولا يسأل عن الشاهد
حتى يطعن الخصم فيه فان طعن فيه
سأل عنه سرا وجهرا الا في الحدود
والقصاص فانه يسأل عنه في السر
والعلانية وان لم يطعن فيه الخصم
لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون
عدول بعضهم على بعض الا المحدود
في قذف ومثل ذلك عن عمر رضي الله
تعالى عنه وظاهر قوله تعالى وكذلك
جعلناكم امة وسطا لتكونوا شهداء
على الناس يشهد له ولان الظاهر هو الانزجار
لان عقله ودينه يمنعانه عن مباشرة
القبيح فاكتفي بالظاهر لعدم المنازع وان
كان الموضع موضع استحقاق كالشفيع يستحق
الشفعة بظاهر يده اذا لم يكن له منازع
وهذا لانه لا يمكن الوصول الى القطع لحقائق
ولو زكى فالمزكي يخبر عن عدالته متمسكا بظاهر
حاله لان اقصى ما يستدل به على عدالته
انزجاره عن محظورات دينه واجتهاده على
الطاعات وهي دلالة ظاهرة عليها وليست
بقطعية فلا حاجة الى اشتراط السؤال
الا اذا طعن الخصم فيه لانه لا يطعنه
كاذبا ظاهرا فيتقابل الظاهران فوجب

الترجيح

ص
الترجيح بالاستقصاء بخلاف الحدود والقصاص
لانهما يندرآن بالشبهة ويحتاط لاسقاطهما
فيستقصى فيهما ابتداء من غير طعن خصم رجاء ان
تسقط ولهما ان القضاء يبنى على الحجة ولا تقع
الحجة الا بشهادة العدول وعلمنا بالعدالة
قبل السؤال ثابتة بالظاهر وهو لا يصلح حجة
للاستحقاق فوجب التعرف عنها صيانة
لقضائه عن البطلان واسناد الحكم الى
البرهان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان
لان ابا حنيفة رضي الله تعالى عنه كان في
القرن الثالث وهو ناس شهد لهم
رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخير
والصلاح بقوله عليه الصلاة والسلام خير
القرون قرني الذي انا فيه ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم م
ثم يفشو الكذب حتى يحلف الرجل قبل ان
يستحلف ويشهد قبل ان يستشهد والاية
التي تلونا والحديث الذي رويناه لان على
ذلك وهما كانا في القرن الرابع بعد ما تغير
احوال الناس وظهرت الخيانات والكذب
فافتى كل واحد بما شاهد في زمانه والفتوى
اليوم على قولهما لان الفساد في هذا العصر
اكثر ثم التعديل في السر ان يبعث المستورة
وهي الرقعة الى المعدل فيها اسم الشاهد

ونسبه وحليته ومسجده الذي يصلي
فيه ومحلته وسوقه ان كان سوقيا فيسال
عنه جيرانه واصدقائه فاذا عرفهم
من عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه
في كتاب القاضي انه عدل جائز الشهادة
ومن عرفه بالفسق يسكت ولا يكتب احترازا
عن الهتك ويقول الله يعلم الا اذا عدله
غيره وخاف ان يحكم القاضي بشهادته فحينئذ
يصرح به ومن لم يعرف حاله يكتب تحت اسمه
انه مستور ويرد المعدل المستورة سرا
كيلا يظهر فيؤذى ولابد في التعديل في العلانية
من ان يجمع بين المعدل والشاهد لتنتفي شبهة
تعديل غيره عند القاضي لاحتمال ان يكون في قبيلته
من يوافقه في الاسم وقد كانت العلانية وحدها
في الصدر الاول لان الشركة كانت لاهل الخير وهم
يتعدر عليهم اهل الشر ويكتفى بالسر في زماننا
لما ذكرنا وقال محمد رحمه الله تزكية
العلانية بلاء وفتنة ولابد ان يقول المعدل
هو عدل جائز الشهادة لان العبد والمحدود
في قذف اذا تاب يكون عدلا والاصح انه يكتفي
بقوله هو عدل لان من نشا في دار الاسلام في
زماننا كان الظاهر من حاله الحرية والاسلام
ولهذا لا يسال القاضي عن حرية الشاهد واسلامه

سالم

ما لم يطعن الخصم وما ذكره في الجامع ان الناس
احرار الا في الشهادة والحدود والقصاص والعقل الاية
فانه لا يكتفى بظاهر الحرية في هذه المواضع اذا قال
المدعى عليه ان الشاهد عبد او قال القاذف
المقذوف عبد او قال الشاج المشجوج عبد
او قالت العاقلة حتى يقيم البينة انه حر وهي نظير
العدالة عند ابي حنيفة رحمه الله فان القاضي يحكم
بظاهر العدالة بكونه من المسلمين ما لم يطعن الخصم
فيهم فاذا طعن سال على ما بينا قال **وتعديل
الخصم لا يصح** هكذا قال ابو حنيفة رحمه الله يعني
تعديل المدعى عليه الشهود لا يصح ومراده على قول
من يرى السوال عن الشهود واما على قوله فلا
يتاتى ذلك لانه لا يرى السوال عن الشهود
ونظيره المزارعة فانه لا يراها وسع هذا
فرع عليها على قول من يرى ~~السوال عن الشهود~~
وانما لا يصح تعديله لان من زعم المدعي
وشهوده ان المدعى عليه ظالم كاذب في الجحود
وتزكية الكاذب الفاسق لا تصح وعن ابي
يوسف ومحمد ان تزكيته تجوز اذا كان من اهله
ان كان عدلا لكن عند محمد رحمه الله لابد
من ضم اخر اليه لانه لا يجوز تعديل الواحد
وابو يوسف يجوزه على ما يجي من تزكية والمراد
فيما اذا قال هم عدول لكنهم اخطاوا او نسوا

بر يسال عما مجمول علي ما اذا طعن
الخصم بالرق فان ابا الحسن ذكر في مختصره
ان الناس احرار الا في اربع مواضع الشهادة
والحدود والقصاص والعقل فانه
لا يكتفى بظاهر الحرية في هذه المواضع
صح

اما اذا قال صدقوا اوهم عدول صدقة
فقد لزمه الحق لاقراره به ولو قال هم
عدول ولم يزد على ذلك لا يلزمه شئ
لانهم مع كونهم عدول لا يتوهم منهم النسيان
والخطا فلا يلزم من كونه عدلا ان يكون كلامه
صوابا قال **والواحد يكفي للتزكية والرسالة**
والترجمة لان التزكية من امور الدين فلا
يشترط فيه الا العدالة حتى يجوز تزكية
العبد والمراة والاعمى والمحدود في قذف
اذا تاب لان خبرهم مقبول في الامور
الدينية الا ترى ان روايتهم في الاخبار
مقبولة وهذا عندهما وقال محمد رحمه
الله يشترط في التزكية ما يشترط في الشهادة
من العدد ووصف الذكورة حتى يشترط
في تزكية شهود الزنا اربعة ذكور وفي
غيره من الحدود والقصاص رجلان وفي غيرهما
من الحقوق يجوز رجلان او رجل وامراتان
وفيما لا يطلع عليه الرجال امراة واحدة
بنيها على مراتب الشهادة لان التزكية
في معنى الشهادة لان ولاية القضاء تنبني
على ظهور العدالة وهو بالتزكية ويشترط فيها
ما يشترط في الشهادة ولهما انه ليس في معنى
الشهادة وانما هو في معنى الاخبار ولهذا لا يشترط

فيه

فيه لفظ الشهادة ولا مجلس الحكم وجاز تزكية
من لا تقبل شهادته له كتزكية احد الزوجين
للاخر وتزكية الوالد لولده وبالعكس واشتراط
العدد في الشهادة امر تعبدي ثبت على خلاف
القياس لان رجحان الصدق في حق العمل
بقوله بالعدالة لا بالعدد كما في رواية
الاخبار حتى قالوا فيها لا ترجح بكثرة
الرواة ما لم يبلغ حد التواتر فلا معنى
لاشتراط العدد في الشهادة ولكن ترك
ذلك للنص فبقي ما وراءها على الاصل
وفي المحيط اجاز تزكية الصبي وقالوا يشترط
الذكورة وعدد الشهادة في تزكية شهود
الحد بالاجماع والمراد بالرسالة والترجمة رسول
القاضي الى المزكي والمترجم عن الشهود وكل ذلك
على الخلاف الذي ذكرنا والمعنى ما بيناه من
الجانبين والاحوط في الكل اثنان وينبغي للقاضي
ان يختار في المسالة عن الشهود من هو اخبر
باحوال الناس واكثرهم اختلاطا بالناس
مع عدالته عارفا بما يكون جرحا وما لا
يكون جرحا غير طماع ولا فقير كيلا
يخدع بالمال فان لم يكن في جيرانه
ولا اهل سوقه من يثق به سال اهل
محلته وان لم يجد فيهم ثقة اعتبر فيهم

تواتر الاخبار وهذا الذي ذكرناه كله
في تزكية السر واما تزكية العلانية
فيشترط فيها جميع ما يشترط في الشهادة من
الحرية والبصر وغير ذلك سوى لفظ الشهادة
بالاجماع لان معنى الشهادة فيها اظهر لانها
تختص بمجلس القضاء قال **وله ان يشهد
بما سمع او راى في مثل البيع والاقرار وحكم
الحاكم والغصب والقتل وان لم يشهد عليه**
اي يجوز له ان يشهد في كل ما يتم بنفسه اذا
عاين السبب كالبيع الى اخر ما ذكر وان لم
يشهد عليه بل يجب عليه اذا دعي اليه
لما تلونا وروينا وهذا لانه علم ما هو
الموجب بنفسه وهو الشرط لقوله
تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون ولقوله
عليه الصلاة والسلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد
والا فدع ويقول اشهد بانه باع او اقر لانه
عاين السبب فوجب عليه الشهادة به
كما عاين وهذا اذا كان البيع بالعقد
ظاهر واذا كان بالتعاطي فكذلك لان حقيقة
البيع مبادلة المال بالمال وقد وجد وقيل
لا يشهدون على البيع بل يشهدون على الاخذ
والاعطاء لانه بيع حكمي وليس ببيع حقيقي
ولا يقول اشهدني الا اذا اشهده كيلا

يكون

يكون كاذبا وكذا في الاقرار يقول اشهد
ان فلانا اقر بكذا لفلان ولا يقول اشهدني
لما ذكرنا ولو سمع من وراء الحجاب لا يسعه
ان يشهد لاحتمال ان يكون غيره اذ النغمة
تشبه النغمة الا اذا كان في الداخل وحده
وعلم الشاهد انه ليس فيه غيره ثم جلس
على المسلك وليس له مسلك غيره فسمع اقرار
الداخل ولا يراه لانه يحصل به العلم وينبغي
للقاضي اذا فسر له ان لا يقبله لان النغمة
تشبه النغمة وليس من ضرورة جواز الشهادة
القبول عند التفسير الا ترى ان الشهادة
بالتسامع تجوز في اشيا ثم عند التفسير لا تقبل
وقالوا اذا سمع صوت امراة من وراء الحجاب
لا يجوز ان يشهد عليها الا اذا كان يرى شخصها
وقت الاقرار قال **ولا يشهد على شهادة
غيره ما لم يشهد عليه** لان الشهادة لا يثبت
حكمها بنفسه ولا يصير حجة الا بالنقل
الى مجلس القضاء ولهذا اعتبر عدالة
الاصول فلا يكون لغيره ان يجعل
كلامه حجة الا بامره فلا يسعه
ان يشهد على شهادته الا بالتحمل
وكذا اذا سمعه يشهد غيره على شهادته
لا يسع السامع ان يشهد على شهادته

لانه لم يحمله وانما حمل غيره فصار
نظير ما لو سمع شخصا يوكل حيث لا يجوز
للسامع ان يتصرف ما لم يوكله
لان الموكل لم يرض برايه قال ولا
يعمل شاهد وقاض وراو بالخط ان لم
يتذكروا اى لا يحل للشاهد اذا راى
خطه ان يشهد حتى يتذكر الشهادة ولا
للقاضى اذا وجد فى ديوانه مكتوبا
شهادة شهود ولا يحفظ انهم شهدوا
بذلك او قضية وقضا بها ان يحكم بتلك
الشهادة ولا ان يمضى تلك القضية
ولا للراوى اذا وجد مكتوبا بخطه
او بخط غيره وهو معروف انه قرا
على فلان ونحوه ان يروى حتى يتذكر
الشهادة او القضية او الرواية وهذا
على اطلاقه قول ابى حنيفة رحمه الله
ووجهه قوله تعالى الا من شهد بالحق
وهم يعلمون ولقوله عليه الصلاة والسلام
اذا علمت مثل الشمس فاشهد شرط ان
يكون عالما ولا يتصور العلم بدون تذكر
الواقعة ولان الخط يشبه الخط فلا يلزم
حجة لاحتمال انه مزور وهذا لان
فائدة الكتاب ان يتذكر اذا نظر

فيه

فيه فاذا لم يفد للقلب التذكر صار
وجوده كعدمه وقال محمد رحمه
الله يجوز للراوى ان يعمل به لدلالة
الظاهر وكذا للقاضى ان يحكم بالشهادة
وان يمضى القضا بذلك وليس للشاهد
ان يشهد برؤية خطه ما لم يتذكر
الشهادة لان القاضى لكثرة اشتغاله
يعجز عن حفظ كل حادثة ولهذا يكتب
كل حادثة فلو لم يكتف بما يجده فى قمطره
لتعطل احوال الناس ولان سجله فى
قمطره وهو فى يده تحت ختمه فيؤمن من
التبديل والتزوير وكتابة الرواة
يكون فى ايديهم فيؤمن التزوير ايضا
بخلاف كتابة الشهادة لان الصك يكون
فى يد الخصم فلا يؤمن من التبديل ولو
نسى القاضى قضاءه ولم يكن له سجل فشهد
عنده شاهدان بانه قضى بكذا فعلى
الخلاف المذكور وقيل عند ابى يوسف
لا يعتمد ذلك وعلى هذا لو اخبره قوم يثق
بهم انه كان شاهدا لا يسعه ان يشهد
وعلى هذا لو سمع حديثا من غيره ثم نسى
راويه الاصل فسمعه ممن روى عنه فعند
ابى يوسف لا يعتمده ولا يجوز ان يعمل

الله تعالى يجوز لكل واحد منهم ان يعمل بالكتاب
ان تيقن به وان لم يتذكر الواقعة توسعة
للامر على الناس وقال ابو يوسف رحمه صح

به وعند محمد له ان يعتمد ذلك في
الكل ولو تذكر مجلس الشهادة دون
الشهادة لا يسعه ان يشهد قال
ولا يشهد بما لم يعاينه الا في النسب
والموت والنكاح والدخول وولاية
القاضي واصل الوقف فله ان يشهد بها
اذا اخبره بها من يثق به والقياس ان لا
يجوز لان الشهادة لا تجوز الا بعلم بما بينا
من قبل ولا يتحقق العلم الا بالمشاهدة والعيان
او بالخبر المتواتر ولم يوجد فصار كالبيع
والاجارة بل اولى لان حكم المال اخف
من حكم النكاح ولهذا لا يجوز للقاضي
ان يحكم بالتسامع والحكم يجب بما يجب
به الشهادة ولهذا الوجه للقاضي لا يقبله
وجه الاستحسان ان هذه الامور
تختص بمعاينة اسبابها خواص من
الناس ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء
القرون وانقراض الاعصار فلو لم تقبل
فيها بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل
الاحكام ولان الاسباب يقترن بها ما
تشتهر به فان النسب يشتهر بالتهنية
وتسمية كل واحد الى الآخر عند
المخاطبات والمناداة والموت بالتعزية

وقسمة

وقسمة التركات واندراس الاثار
والنكاح بالشهود والولائم والدخول
يتعلق باحكام مشهورة من المهر والنسب
والعدة وثبوت الاحصان والقضا
بقراءة المنشور واختلاف الخصوم
اليه وازدحامهم عليه فنزلت له
الشهرة فيها منزلة العيان فلا يشترط
فيها المشاهدة بخلاف البيع والهبة
والاجارة وامثالها لانها لا تختص
بمشاهدة اسبابها الخواص من الناس
بل يحضره الخاص والعام وبه جرت
العادة ولان الناس قاطبة يجمعون
على انهم يشهدون بهذه الاشيا بالشهرة
الا ترى انا نشهد ان عليا رضي الله تعالى
عنه تزوج بنت علي ولو تغلغلت بحقيقة :
علم السبب ادى الى عدم الشهادة بها :
اصلا لان سبب النسب العلوق ولا :
علم للبشر فيه وسبب القضا التولية
ولا يحضره الا الوزير وامثاله وكذا الدخول
لا يعرفه الا الزوجان فاكتفى في الكل
بالدليل الظاهر ثم انما يجوز له ان
يشهد بهذه بالتواتر وباخبار من
يثق به واذا راى امراة يدخل عليها رجل

٢
فاطمة ودخل بها وشريح كان قاضيا
وعمر بن الخطاب تزوج صح

ويبسطان انبساط الازواج وسمع من
الناس انها زوجته جاز له ان يشهد
به وان لم يعاين عقد النكاح وكذا
اذا راى شخصا جالسا مجلس الحكم
يفصل الخصومات جاز له ان يشهد انه
قاض قالوا وفي الاخبار يشترط ان يخبره
رجلان او رجل وامراتان وهم عدول
ليحصل له نوع علم او غلبة ظن وقيل
في الموت يكتفي باخبار واحد عدل او
واحدة لانه قد يتحقق في موضع ليس فيه
الا واحد بخلاف غيره لان الغالب فيها
ان يكون بين الجماعة ويشترط في
في الاخبار لفظ الشهادة في غير الموت
وفي الموت لا يشترط لانه لا يشترط فيه
العدد فكذا اللفظ للشهادة ولو لم يحضر
الموت الا شخص واحد واراد ان
يشهد بموته عند الحاكم اخبر بذلك
رجلا عدلا ثم يشهدان بذلك عند
الحاكم وهو من اعجب المسائل ولو شهد انه
حضر دفنه فهو معاينة وقوله واصل
الوقف يحترز به عن شرائطه لان
اصله هو الذي يشتهر دون شرائطه
فلا يقبل فيها بالتسامع وذكر المرغيناني

رحمه

رحمه الله انه لا بد من بيان الجهة
بان يشهدوا انه وقف على هذا المسجد
او الفقير او ما اشبهه حتى لو لم يذكروا
في شهادتهم الجهة لا تقبل شهادتهم ثم
قصرها الاستثنا على هذه الاشيا ينفي اعتبار
التسامع في الولا وعن ابي يوسف
رحمه الله انه يجوز لانه بمنزلة
النسب لقوله عليه الصلاة والسلام
الولاء لحمة كلحمة النسب ولان الحكم
المتعلق بالولا يبقى بعد الموت كالحكم
المتعلق بالنسب فلو لم يجز بالتسامع لتعطلت
الاحكام ووجه قول ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله ان العتق ينبني على زوال
الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا ما ينبني
عليه وذكر شمس الائمة السرخسي ان الشهادة
بالعتق لا تقبل بالاجماع وذكر الحلواني
رحمه الله ان الخلاف ثابت فيه ايضا ثم
ينبغي ان لا يفسر انه يشهد بالتسامع فلو
فسر لا يقبل كمعاينة شي في يد انسان
يطلق له الشهادة واذا فسر لا تقبل
قال ومن في يده شي سوى الرقيق
لك ان تشهد انه له لان اليد بلا منازع
اقصى ما يستدل به على الملك اذ لا دليل

بمعرفة الملك في حق الشاهد سوى اليد
بلا منازع لان غاية ما في الباب ان
يعاين اسباب الملك من الشرا وغيره
وذلك راجع الى اليد لان المملك ثبت
ملكه باليد بلا منازع ولولا ذلك لما صح
التمليك منه من المشتري فثبت بهذا
ان لا دليل على الملك سوى اليد فكان معتمد
الشاهد اليد اعتبارا للظاهر عند تعذر
الوقف على الحقيقة فمنع الشهادة باليد
يؤدي الى سد بابها اذ لا دليل للشاهد
سوى اليد وبابها مفتوح وهي مشروعة فما يؤدي
الى انسدادها فهو المنتفي وعن ابي يوسف
رحمه الله انه يشترط مع ذلك ان يقع في
قلبه انه له ليحصل له نوع علم او غلبة
ظن لان الشهادة بلا علم لا تجوز لسانا
تلوينا ورويتنا ولهذا قيل لو راى
درة ثمينة في يد كناس او كتابا في يد
جاهل وليس في آبائه من هو اهل لذلك
لا يسعه ان يشهد له قالوا يحتمل ان يكون
هذا تفسيرا لاطلاق محمد رحمه الله
بقوله وسعك ان تشهد انه له وقال
الشافعي رحمه الله دليل الملك اليد
مع التصرف وبه قال الخصاف لان

اليد

اليد متنوعة الى ملك ووديعة وعارية
واجارة ورهن فلا يمتاز الا بالتصرف
قلنا التصرف ايضا الى وكالة واصالة
وشرط النسفي التصرف مع اليد وان يقع
في قلبه انه له لان الاصل في الشهادة الاحا لخ
والتيقن لما بينا وجوابه ان العلم القطعي
متعذر فيشترط فيه غاية ما يمكن وهو
اليد لان الملك لا يعرف بالدليل حقيقة
وان راه يشتريه لاحتمال ان البائع
لا يملكه فيكتفي بظاهر اليد تيسيرا اذ
الاصل ان تكون الاملاك في يد ملاكها وكونها منها
في يد غيره عارض فرجحنا بالاصل ولهذا
يقضي له القاضي باليد فيما ترك ثم المسالة
على اربعة اقسام احدها ان يعاين
المالك والملك بان عرف المالك باسمه ونسبه
ووجهه وعرف الملك بحدوده وراه في يده
بلا منازع عنده ثم راه في يد غيره بعده فان
له ان يشهد للاول بالملك اذا ادعاه بناء على يده
والثاني ان يعاين الملك دون المالك بان
عاينه بحدوده ينسب الى فلان بن
فلان الفلاني وهو لم يعرفه بوجهه ونسبه
ثم جا الذي نسب اليه الملك وادعى ان
المحدود ملكه على شخص هل له ان يشهد

استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع
فصار المالك معلوما بالتسامع والملك
بالمعاينة ولو لم يسمع مثل هذا لضاع
حقوق الناس لان فيهم المحجوب ومن لا يبرز
اصلا ولا يتصور ان يراه متصرفا فيه
وليس هذا اثبات الملك بالتسامع وانما
هو اثبات النسب بالتسامع وفي ضمنه
اثبات الملك له وهو لا يمتنع وانما يمتنع
اثباته قصدا والثالث ان لا يعاين الملك
ولا المالك ولا سمع من الناس انهم قالوا
لفلان ابن فلان ضيعة في قرية كذا
حدودها كذا وهو لا يعرف تلك
الضيعة ولم يعاين يده عليها لا يحل
له ان يشهد له بالملك والرابع ان
يعاين المالك دون الملك بان عرف الرجل
معرفة تامة وسمع ان له في قرية كذا
ضيعة وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها
لا يسعه ان يشهد لانه لم يحصل له العلم
بالمحدود وهو شرط للشهادة على ما بينا
وقوله سوى الرقيق اشارة الى انه
لا يجوز له ان يشهد في الرقيق اذا راه في
يده لان للرقيق يدا على نفسه حتى اذا
ادعى انه حر الاصل كان القول قوله فلا

يثبت

يثبت لغيره عليه يد على الحقيقة حتى يعتبر
لاطلاق الشهادة بالملك ولا يمكن ان يعتبر
فيه التصرف وهو الاستخدام لاطلاق الشهادة
لان الحر ايضا يستخدم طايعا كالعبد
فلا يصلح دليلا على الملك وفي الكافي
عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه
يجوز له ان يشهد في الرقيق ايضا وفي
الهداية حكى ذلك عن ابي حنيفة رحمه
الله ووجهه ان اليد دليل الملك مطلقا
الا ترى ان من ادعى رقيقا في يد
غيره وذو اليد يدعيه لنفسه كان
القول ~~قوله فلا يثبت لغيره عليه يد~~
~~على الحقيقة حتى يعتبر لاطلاق الشهادة~~
~~بالملك ولا يمكن ان يعتبر فيه التصرف~~
~~وهو الاستخدام لاطلاق الشهادة لان~~
~~الحر ايضا يستخدم طايعا كالعبد فلا~~
~~يصلح دليلا~~ لذي اليد لان الظاهر
شاهد له بالملك وبثبوت يده عليه
هذا اذا كان الرقيق مميزا يعبر عن نفسه
ولم يعرف بالرق وان كان لا يعبر
عن نفسه او كان معروفا بالرق جاز
له الشهادة بالملك اذا راه في يده لان
الرقيق او الصغير الذي لا يعبر عن نفسه

يكون في يد غيره اذ لا يد له على نفسه فصار
كسائر الاموال قال وان فسر للقاضي ان
يشهد له بالتسامع او فسر انه يشهد له
بالملك برؤيته في يده في موضع يجوز له
الشهادة برؤيته في يده لان التسامع او
الرؤية في اليد مجوز للشهادة بالملك
والقاضي يلزمه القضا بالملك بالشهادة
اذا كانت عن عيان ومشاهدة او اطلاق
لاحتمال المشاهدة فيحمل عليه اما اذا كانت
عن تسامع او رؤية في يده فلا يزيده
علما فلا يجوز له ان يحكم بها الا ترى انه لا يجوز
له ان يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده
ولا برؤية نفسه في يد انسان فاذن
ان لا يجوز بسماع غيره او برؤية غيره وهذا
لان القضا يجب بما يجب به الشهادة وفيما لا
يجب لا يجب فكذا ينبغي ان لا تجوز الشهادة
فيما لا يجوز القضا به الا انا استحسنا في المواضع
التي تقدم ذكرها للضرورة التي ذكرناها
وبني القضا على مثل القياس قال وان
شهدا انه حضر دفن فلان او صلى على جنازته
فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبل لانه لم
يشهد الا بما علم فوجب قبولها لدخوله تحت
قوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون

او بمعاينة اليد لا تقبل اي فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع في موضع يجوز بالتسامع صح

وقال

وقف لله تعالى

وقال تعالى وما شهدنا الا بما علمنا والله اعلم
بالصواب واليه المرجع والمآب

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قال ولا تقبل شهادة الاعمى وقال زفر
رحمه الله تقبل فيما يجري فيه التسامع
وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لانه
يساوي البصير في السماع اذ لا خلل
في سمعه وقال ابو يوسف والشافعي
رحمهما الله يجوز اذا كان بصيرا وقت
التحمل لحصول المقصود بالمعاينة وهو العلم
والاداء يختص بالقول ولسانه صحيح فصح
والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة
على الميت وفيما بين ذلك لا خلل في حفظه
ولم يفت في حقه الا الاشارة وذكر الاسم
يقوم مقامها عند تعذرها كما في الشهادة
على الميت وقال مالك تقبل شهادته
مطلقا كالبصير ولنا ان الاداء يفتقر الى
التمييز بين الخصمين ولا يفرق بينهما الا
بالنغمة فيخشى عليه التلقين من الخصم اذ النغمة
تشبه النغمة وربما يشاركه غيره في الاسم
والنسب فكان فيه شبهة وهذه الشبهة
يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة
لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحدود

والقصاص بخلاف وطي امراته حيث يجوز
له مع هذه الشبهة لانه لا يمكن التحرز
عنه وفيه ضرورة ايضا لانه يحتاج الى
اقتضاء الشهوة وبقاء النسل ولانه يقبل
فيه خبر الواحد فيعتمد على خبر المراة
وكذا اذا عمي بعد الاداء قبل الحكم بها لان
قيام الاهلية شرط وقت القضاء لتصير
حجة فصار كما اذا خرس او جن او فسق
او ارتد والعياذ بالله تعالى بخلاف ما اذا
ماتوا او غابوا لان الاهلية انتهت بالموت
وبالغيبة باقية على ما لها قال والمملوك
والصبي لان الشهادة من باب الولاية
لانها من الزام الغير وليس معنى
الولاية سوى هذا والاصل ولاية
المرء على نفسه ولا ولاية لهما على انفسهما
فاولى ان لا يكون لهما الولاية على الغير
قال الا ان يتحملا في الرق والصغر وادّيا
بعد الحرية والبلوغ لانهما اهل للتحمل لان
التحمل بالمشاهدة والسماع ويبقى الى وقت
الاداء بالضبط وهما لا ينافيان ذلك
وعند الاداء اهل للشهادة قال
والمحدود في قذف وان تاب لقوله تعالى
ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك

في نسخ

هم الفاسقون وقال الشافعي رحمه الله
تقبل شهادته اذا تاب لقوله تعالى الا الذين
تابوا والاستثناء اذا تعقب جملة
بعضها معطوفة على بعض ينصرف الى
الكل كقول القائل امراته طالق وعبده
حر وعليه حجة الا ان يدخل الدار فهو
منصرف الى جميع ما تقدم ولان حد القذف
على عبد من عباد الله تعالى والافتراء
على الله تعالى وهو الكفر لا يوجب رد
الشهادة على التأبيد بل اذا اسلم تقبل
شهادته فلا جائز ان يكون اقامة الحد
عليه هي الموجبة لرد الشهادة لانه فعل
الغير به وهو مطهر ايضا فلا يصلح مناطا
لرد الشهادة فتعين الرد لفسقه ولنا
ما تلونا ووجهه ان الله تعالى رد شهادته
على التأبيد فمن قال هو موقت الى وجود
التوبة يكون ردا لما اقتضاه النص فيكون
مردودا والقياس على الكفر وغيره
من الجرائم لا يجوز لان القياس المخالف
للنص لا يصح ولان رد الشهادة معطوف
على الجملة المتقدمة وهي جلد فكذا هذا فصار
من تمام الحد اذ العطف للاشتراك وتغايرهما
بالامر والنهي لا يمنع من ذلك كقولهم

فهذا اولى ولانه لو قبل اقامة الحد
عليه تقبل شهادته صح

ابليس ولا تتكلم فكان الكل جزاء جريمته
ولا نسلم ان الجملة الاخيرة معطوفة
على ما قبلها لان ما قبلها حد ورد ولهذا
امر الائمة به وقوله واولئك هم
الفاسقون ليس بحد وانما هو اخبار
عن وصف قائم بالذات فلا يصلح حدا
لان الحد يقع بفعل الائمة لا بوصف قائم
بالذات فلا ينصرف الاستثناء الى الجميع ولو
انصرف لبطل الحد ولم يقل به احد فتبين
بهذا ان الواو في قوله تعالى واولئك هم
الفاسقون واو نظم لا واو عطف فيكون
منقطعا عن الاول فينصرف الاستثناء الى ما
يليه ضرورة كقوله تعالى والراسخون
في العلم الا ترى انه لا يصلح جزاء الجريمة
والجلد ورد الشهادة يصلحان جزاء لان
كل واحد منهما مولم زاجر عن ارتكاب
هذه الجريمة فصار رد الشهادة قطعا
للالة الجانية معنى وهي اللسان كقطع اليد
حقيقة في السرقة فصار الرد من تمام
الحد والحد لا يرتفع بالتوبة فاذا لم يكن
الواو للعطف لا ينصرف الاستثناء الى الجميع بخلاف
ما ذكر من المثال لان الواو فيه للعطف الا
ترى ان كلها جمل استثنائية فيتوقف كلها

على اخرها حتى اذا وجد المغير في الاخير
يغير الكل والقياس على الكفر وغيره ممتنع
لفقد شرطه وهو ان لا يكون في الفرع نص
يمكن العمل به وهنا نص على التابيد فكيف
يمكن القياس عليه ولا يجوز ان يكون رد
شهادته لفسقه لان الثابت بالنص في خبر
الفاسق هو التوقف بقوله تعالى ان جاءكم
فاسق بنبا فتبينوا لا الرد ولانه
لو كان الرد لاجل فسقه للزم عطف العلة
على حكمها وهو لا يجوز فتبين بهذا ان رد
الشهادة لاجل انه حد لا للفسق ولهذا
لو اقام اربعة بعد ما حد على انه زنى
تقبل شهادته بعد التوبة في الصحيح
لانه بعد اقامة البينة لا يحد فكذا لا ترد
شهادته قال رحمه الله الا ان يحد
الكافر في قذف ثم اسلم فانه تقبل
شهادته بعد الاسلام لان هذه شهادة
استفادها بعد الحد بالاسلام فلم يلحقها
رد لان التي ردت غير هذه الا ترى ان
المردودة لا تقبل على المسلم وهذه تقبل
فرد الاولى لا يتعلق الثانية بخلاف العبد
اذا حد ثم اعتق حيث لم تقبل شهادته
لانه لم يكن له شهادة على احد وقت

الجلد فلم يتم الرد الا بعد الاعتاق
في حقه فلا يتصور قبولها من غير اقامة
البينة على المقذوف انه زنى على ما
مر وهذا لان الرد من تتمة الحد
فتى الكافر يتم في حال كفره وفي العبد
لم يتم الا بعد الحرية ولو ضرب
الذمي في حد القذف سوطا فاسلم
ثم ضرب الباقي بعد الاسلام تقبل شهادته
لان رد الشهادة من تمام الحد والموجود
بعد الاسلام ليس بحد بل هو بعضه
فلا يترتب عليه رد الشهادة وعن ابي
حنيفة رحمه الله تعالى انه اذا ضرب
السوط الاخير بعد الاسلام لا تقبل
شهادته وان كان دون ذلك يقبل لان
للاكثر حكم الكل وفي المبسوط لا تسقط
شهادة القاذف ما لم يضرب تمام
الحد لان اقامة الحد مسقطة للشهادة
والحد لا يتجزى فما دونه لا يكون
حدا بل يكون تعزيرا وهو لا يسقط
الشهادة وروي عنه انها تسقط اذا اقيم
عليه الاكثر وروي عنه انه اذا ضرب
سوطا سقطت شهادته وهي نظير
مسالة اسلام الذمي في حالة الحد

على

على ما بينا ثالث والولد لابويه وجديه
وعكسه واحد الزوجين للاخر والسيد
لعبده ومكاتبه لقوله عليه الصلاة
والسلام لا تقبل شهادة الولد لوالده
ولا الوالد لولده ولا المراة لزوجها
ولا الزوج لامراته ولا العبد لسيده
ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استاجره
ولان المنافع بين هولاء متصلة ولهذا
لا يجوز اداء بعضهم الزكاة الى بعض فتكون
شهادة لنفسه من وجه فلا يقبل ولا
فرق بين ان يكون على العبد دين
او لم يكن دين لان له حقا في ماله كيف
ما كان والمراد بالاجير في الحديث
التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه
ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو
معنى قوله عليه الصلاة والسلام لا شهادة
للقانع باهل البيت واصل القنوع
السوال والمراد من يكون تبعا للقوم
كالخادم والاجير والتابع لانه بمنزلة
السايل يطلب معاشه منهم وهو من
القنوع لا من القناعة وقيل المراد
به الاجير مسانهة لانه اجير خاص
فيستوجب الاجر على منافعه فاذا شهد

له في مدة الاجارة يكون كانه شهد
له باجر ومالك يخالفنا في قرابة
الولاد هو يعتبرها بالشهادة عليهم
والشافعي رحمه الله تعالى يخالفنا
في الزوجين فيقول لا قرابة بينهما
والزوجية قد تكون سببا للتنافر
والعداوة وقد تكون سببا للميل
والايثار فصارت نظير الاخوة ولهذا
يجري القصاص بينهما والحبس بالدين
ولا معتبر بالمنفعة الثابتة ضمنا كما
في الغريم اذا شهد لمديونه المفلس
ولنا ما روينا من الحديث وما بينا من
المعنى وهو ان المنافع بينهما متصلة
ولهذا يعد احدهما غنيا بغنا صاحبه
وقيل هو المراد بقوله تعالى ووجدك
عائلا فاغنى اي بمال خديجة فاذا كان
هذا في الزوجين ففي الولاد اولى وروي
ان الحسن بن علي رضي الله تعالى عنهما
شهد لعلي مع قنبر عند شريح بدرع له
فقال شريح لعلي ايت بشاهد اخر فقال
مكان الحسن او مكان قنبر فقال لا بل
مكان الحسن فقال اما سمعت رسول الله
صلى الله عليه وسلم يقول للحسن والحسين

هما سيدا شباب اهل الجنة قال سمعت
لكن ايت بشاهد اخر القصة الى اخرها
وفيها انه استحسنه وزاده في الرزق
ومثل هذا لا يقدح في العدالة لانه
انما لا يجوز لكونه شهادة لنفسه من
وجه وشهادة المرء لنفسه غير مقبولة
قال والشريك لشريكه فيما هو من شركتهما
لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما
فيه وهذا لانه يصير شاهدا لنفسه
في البعض وشهادة المرء لنفسه غير
مقبولة فاذا بطل في نصيبه بطل في
نصيب شريكه ايضا لانها شهادة
واحدة فلا تتجزى ولو شهد له
بما ليس من شركتهما تقبل لانتفا التهمة
قال في النهاية هذا في حق الشريكين
بشركة عنان ظاهر واما شهادة احد
المتفاوضين لصاحبه فلا تقبل الا في الحدود
والقصاص والنكاح لان ما عداها
مشترك بينهما وبهذا اشتهر انه لا يدخل
في الشركة الا الدراهم والدنانير ولا يدخل
فيه العقار ولا العروض ولهذا قالوا
لو وهب لاحدهما مال غير الدراهم
والدنانير لا تبطل الشركة لان المساواة

فيه لبس يشترط قال والمخنث اى
لاتقبل شهادته وهو الذى فى كلامه
لين وتكسر ومراده اذا كان يتعمد
ذلك تشبيها بالنسا وفى عرف الناس
هو الذى يباشر الردى من الافعال
ويلين كلامه عمدا كل ذلك معصية
فلاتقبل شهادته لقوله عليه الصلاة
والسلام لعن الله المونثين من الرجال
والمذكرات من النسا واما اذا كان
فى كلامه لين وفى اعضايه تكسر خلقة
ولم يشتهر بشى من الافعال الردية
فهو عدل مقبول الشهادة قال والمغنية
لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن
الصوتين الاحمقين المغنية والنايحة
اطلقه فى حق المراة ولم يقيده
بكونها تغنى للناس وقيده به فى حق
الرجل لان نفس رفع الصوت حرام
فى حقها بخلاف الرجل على مانبين قالوا
المراد بالنايحة هى التى تنوح فى مصيبة
غيرها لانها ترتكب المحظورات لاجل
الطمع فى المال وتجعله مكسبة اما التى
تنوح فى مصيبتها فلا تسقط عدالتها
قال والعدو ان كانت عداوة دنيوية

لان

لان المعاداة لاجل الدنيا حرام فمن
ارتكبها لا يومن من التقول عليه
واما اذا كانت العداوة دينية تقبل
شهادته لانها من التدين تدل على
قوة دينه وعدالته وهذا لان المعاداة
قد تكون واجبة بان راى فيه منكرا
شرعا ولم ينته بنهيه والذى يوضح لك
هذا المعنى ان المسلمين يجمعون على قبول
شهادة المسلم على الكافر والعداوة
الدينية قايمة بينهما فلو كانت مانعة
لما قبلت قال ~~والعدو ان كانت عداوة دنيوية~~ ومدمن الشرب على اللهو صح
اى مداوم شرب الخمر لاجل اللهو لان
شربها كبيرة وفى الكافى قال انما
شرط الادمان ليكون ذلك ظاهرا منه
فان من شرب الخمر سرا ولا يظهر ذلك منه
لا يخرج من ان يكون عدلا وان شربها كثيرا
وانما يسقط عدالته اذا كان يظهر ذلك منه
او يخرج سكران فيلعب به الصبيان
فانه لامروة لمثله ولا يحترز عن الكذب
عادة وقال فى النهاية اطلاق الشرب
على اللهو فى حق المشروب ليتناول جميع
الاشربة المحرمة من الخمر والسكر وغيرهما
فان الادمان شرط فى الخمر ايضا فى حق

سقوط العدالة وذكر في فتاوى قاضي
خان لا تقبل شهادة مدمن الخمر ثم
قال شرط الادمان ولم يرد به
الادمان في الشرب وانما اراد بالادمان
في النية يعني شرب ومن نيته ان
يشرب بعد ذلك اذا وجده ولا يجوز
شهادة مدمن السكر واراد به السكر
بسائر الاشربة سوى الخمر لان
المحرم في سائر الاشربة السكر فشرط
الادمان على السكر والمحرم في الخمر
نفس الشرب فشرط الادمان على الشرب
وكذلك من يجلس مجالس الفجور والشرب
لا تقبل شهادته وان لم يشرب لانه تشبه
ولم يحترز ان يظهر عليه ما يظهر عليهم
فلا يحترز عن شهادة الزور قال ومن
يلعب بالطنبور لانه من اللهو ويقال
بالطيور وهو ايضا مثله ويورث الغفلة ايضا
وقد قال عليه الصلاة والسلام ما انا من
دد ولا الدد مني لان الغالب فيه انه
يصعد الى السطوح ليطير طيره فينظر الى
عورات النساء وهو فسق ولو كان يقتني
الحمام في بيته ليستانس به لا ليطير
فلا باس به ولا تسقط عدالته بذلك

قال

قال او يغني للناس لانه يجمع الناس
على لهو ولعب ولا يخلو عادة عن ارتكاب
كبيرة بالمجازفة والكذب وقيده
بكونه يغني للناس اي يسمعهم لانه
لو كان يغني لنفسه حتى يزيل الوحشة
عن نفسه من غير ان يسمع غيره (الاسماع) لا باس
به ولا تسقط عدالته في الصحيح لما
روي ان البراء بن مالك دخل عليه
اخوه انس بن مالك وهو يغني والبراء
ابن مالك ~~وهو يغني والبراء بن مالك~~
كان من زهاد الصحابة رضي الله تعالى
عنهم وان انشد شعرا فيه وعظ
وحكمة فهو جايز بالاتفاق وان كان
فيه ذكر امراة معينة فان كانت ميتة
او فيه ذكر امراة غير معينة فلا باس
به وان كانت معينة وهي حية يكره
ومن المشايخ من اجاز الغنا في العرس
الا ترى انه لا باس بضرب الدف
فيه اعلانا للنكاح وقد قال عليه
الصلاة والسلام اعلنوا النكاح ولو
بالدف ومن مشايخنا من قال اذا كان
يتغنى ليستفيد به نظم القوافي ويصير
به فصيح اللسان لا باس به ومن المشايخ

من كرمه مطلقا ومن الناس من اباحه
مطلقا ونحن بينا الصحيح من الاقاويل
بحمد الله تعالى وكرمه قال **او يرتكب
ما يوجب الحد** لانه من الكباير ومن
يرتكبها لا يبالي بالكذب وكل من يرتكب
الكباير ترد شهادته واختلفوا في الكبيرة
فقال اهل الحجاز واهل الحديث هي السبع
المذكورة في الحديث المشهور وهي الاشراك
بالله والفرار من الزحف وعقوق
الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت
المومن والزنا وشرب الخمر وزاد
بعضهم عليها اكل الربا واكل مال اليتيم
بغير حق وقال بعضهم ما ثبت حرمته
بدليل مقطوع به فهي كبيرة وقال بعضهم
ما فيه حد او قتل فهو كبيرة وما دون ذلك
الممانوته فهو صغيرة وقال بعضهم كل معصية
اوعد عليها في القران او في الحديث المشهور
يمنع قبول الشهادة لان شاهد الزور
موعود عليه فمن يرتكب مثله من الذنوب
يرتكبه فتصلح دليلا على ارتكابه الكذب
لان من ارتكب شيئا من المحرمات ارتكب
نظيره عادة وقيل اذا ارتكب ما يكون
شنيعا عادة فليس بعدل وقيل ما كان

حراما

حراما لعينه فكبيرة والا فصغيرة وقيل
ما سمي في الشرع فاحشة قال **او يدخل
الحمام بغير ازار** لان كشف العورة حرام
وقال عليه الصلاة والسلام لعن الله الناظر
والمنظور ورأى ابو حنيفة رحمه الله رجلا
في الحمام بغير ازار فقال
- ألا أيها الناس خافوا إلهكم • ولا تدخلوا الحمام من غير مئزر
وذكر الكرخي ان من يمشي في الطريق بالسراويل
وحده ليس عليه غيره لا تقبل شهادته
لانه تارك للمروة قال **او يأكل الربا**
لانه من الكباير وشرط في الاصل ان
يكون مشهورا به وذلك بالادمان لانه
لا يمكن التحرز عن العقود الفاسدة
وهو ربا بخلاف اكل مال اليتيم حيث
لا يشترط فيه الادمان لانه التحرز
عن العقود الفاسدة وهو ربا بخلاف
اكل مال اليتيم حيث لا يشترط فيه
الادمان لان التحرز عنه ممكن ولانه
لم يدخل في ملكه وفي الربا يدخل
فيشترط فيه الادمان قال **او يقامر
بالنرد والشطرنج او يفوته الصلاة
بسببهما** لان كل ذلك فسق وكذا اذا كان
يكثر عليه الحلف كاذبا لان كل ذلك من الكباير

وقالوا في النرد ترد شهادته بمجرد
اللعب فيه من غير اشتراط القمار ولا
غيره لان نفس اللعب فيه فسق وقال
عليه الصلاة والسلام ملعون من يلعب
بالنرد ومن يكون ملعونا كيف يكون
عدلا بخلاف الشطرنج لان الاجتهاد
فيه مساغا فلا ترد شهادته ما لم
ينضم اليه احد المعاني الثلاثة التي
ذكرناها انفا قال **او يبول او ياكل**
على الطريق او يظهر سب السلف اي
الصالحين منهم وهم الصحابة والتابعون
والعلما كابي حنيفة واصحابه لان هذه
الاشيا تدل على قصور عقله وقلة مروته
ومن لم يمتنع عن مثلها لا يمتنع عن
الكذب عادة بخلاف ما اذا كان يخفي السب
وكذا لا تقبل شهادة من ياكل في السوق بين
يدي الناس لما ذكرنا وقال بعض
المشايخ لا تقبل شهادة اهل الحرف لكثرة
الايمان الفاجرة منهم واكثرهم على انها
تقبل شهادة من عرف منهم بالعدالة
ولا تقبل ممن يكثر شتم اهله ولا ممن
يشتم الناس قال **وتقبل لاخيه**
وعمه وابويه رضاعا وام امراته وبنتها

وزوج

وزوج بنته وامراة ابيه وابنه لان
الاملاك بينهم متميزة والايدي متحيزة
ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض فلا
يتحقق التهمة بخلاف شهادته لقرابته
ولادا او احد الزوجين للاخر على ما بينا
قال **واهل الاهوا الا الخطابية**
وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة
اهل الاهوا لانهم فسقة اذ الفسق
من حيث الاعتقاد اغلظ من الفسق
من حيث التعاطي ولا شهادة للفاسق
ولنا ان الفاسق انما ترد شهادته
لتهمة الكذب والفسق من حيث
الاعتقاد لا يدل على ذلك بل ما
اوقعه فيه الا تدينه الا ترى ان
منهم من يكفر بالذنب ومنهم من يجعل
منزلته بين الايمان والكفر فيكون
هو اتقى اجتنابا عن الكذب حذرا
عن الخروج من الدين ولا تسلم
عدل لا بتعاطي الكذب توجب قبول
شهادته قياسا على غير صاحب
الهوى ومراده عن تاويل وتدين
فلا تبطل عدالته كمن يستبيح المثلث
او متروك التسمية واستدل محمد

رحمه الله علي وقبول شهادته فقال ارايت
ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
ساعدوا واسعا ونية على مخالفة علي رضي
الله عنه ولو شهد واحد بين يدي علي كان
يرد شهادتهم ومخالفة علي بعد عثمان
بدعة وهوى فكيف الخروج عليه بالسيف
ولكن لما كان عنده تاويل وتدين لم يمنع
قبول شهادته وشرط في الذخيرة لقبول
شهادته ان يكون هوى لا يكفر به
صاحبه وفي النهاية ان اصول اهل
الاهواء ستة الجبر والقدر والرفض
والخروج والتشبيه والتعطيل ثم كل
واحد يصير اثني عشر فرقة والخطابية
قوم من الروافض ينسبون الى ابي
الخطاب محمد بن وهب الاجدع يستجيزون
ان يشهد والمدعي اذا حلف عندهم
انه محق ويقولون المسلم لا يحلف
كاذبا فباعتقادهم هذا تمكنت شبهة
في شهادتهم فلعله اعتمد على الشهادة
بهذا الطريق وقيل انهم يعتقدون
ان من ادعى منهم شيئا على غيره يجب ان
يشهد له بقية شيعته وذكر الاقطع
انهم قوم ينسبون الى ابي الخطاب

رجل

رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى
وصلبه بالكناسة (قرية بالكوفة) لانه كان يزعم ان
علي بن ابي طالب الاله الاكبر وجعفر
الصادق (الاله الاصغر) قال **والذمي على مثله**
وقال الشافعي رحمه الله وقال مالك
لا تقبل شهادة الذمي على ذمي
مثله ولا على الحربي لانهم فسقة بين
الله تعالى فسقهم في ايات من القران
وهو اغلظ من الفسق تعاطيا فكان اولى
برد شهادته ولان الله تعالى قال ممن
ترضون من الشهداء والكافر غير مرضي
ولان شهادة الرقيق ترد لما ان الرق
اثر الكفر فكيف تقبل شهادة من به
حقيقة الكفر ولان قبول شهادته
يؤدي الى الزام الحاكم القضا بشهادته
ولا يجوز ان يلزم المسلم بشهادة
الكافر ولهذا لا تقبل شهادته على
المسلم بالاجماع كي لا يلزمه شيء يتضرر
به بشهادة الكافر ولانهم لا يجتنبون
الكذب فان الله تعالى اخبر عنهم انهم
ينكرون الايات عنادا مع علمهم بانه
حق قال الله تعالى وجحدوا بها واستيقنتها
انفسهم ظلما وعلوا فكان ذلك كذبا

منهم والكذّاب لا تقبل شهادته فلم يكن اهلا
لها كالمرتد ولانه ليس باهل الشهادة على المسلم
فكذا على الكافر كالعبد لان من كان اهلا لها لا
يختلف بين شخص وشخص وقال ابن ابي ليلى
ان اتفقت ملتهم تقبل شهادة بعضهم على
البعض وان اختلفت لا تقبل لقوله عليه الصلاة
والسلام لا شهادة لاهل ملة على اهل ملة
اخرى الا المسلمون فان شهادتهم مقبولة
على اهل الملل كلهم ولنا ما روي انه عليه
الصلاة والسلام رجم يهوديين بشهادة
يهود عليهما بالزنا وعن ابي موسى الاشعري
وجابر بن عبد الله انه عليه الصلاة والسلام
اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض وعليه
اجماع السلف وقوله تعالى او آخران من
غيركم اي من غير اهل ملتكم وهو مبني على قوله
تعالى يا ايها الذين امنوا فهذا نص على ان شهادة
الكافر مقبولة في وصية المسلم وفي وصية الكافر
اولى ثم انتساخه في حق المسلم لاجل ان ولايتهم
على المسلمين انتسخت لا يدل على انتساخه في حق
الكافر لبقاء ولاية بعضهم على بعض لقوله تعالى
والذين كفروا بعضهم اولياء بعض والمراد به
الولاية دون الموالاة لانه معطوف على قوله
تعالى ما لكم من ولايتهم من شيء فاذا بقيت ولاية

بعضهم

بعضهم على بعض بقيت الشهادة ايضا لانها
نوع ولاية لما فيها من الزام الغير فدل ذلك
على ان الاية غير منسوخة في حقهم وكيف
يقال ذلك وقد عمل بها بعض الصحابة
في حق المسلمين ايضا فان ابا موسى الاشعري
رضي الله تعالى عنه امضى شهادة الكافرين في
وصية المسلم فيما رواه ابو داود والدارقطني
وقالت عائشة رضي الله تعالى عنها لجبير بن
نفير هل تقرا سورة المائدة قال نعم قالت
فانها اخر سورة انزلت فما وجدتم فيها من حلال
فاحلوه وما وجدتم فيها من حرام فحرموه
رواه احمد فهذا يدلك على انها ليست بمنسوخة
في حق المسلم ايضا والفسق من حيث الاعتقاد
لا يمنع القبول لانه يمتنع عن محظور دينه
اشد الامتناع والكذب محظور في الاديان
كلها والرضى يثبت في حق الكافر في حق المعاملات
بصفة الامانة لان الله تعالى وصفهم
بذلك تعالى ومن اهل الكتاب من ان تامنه
بقنطار يؤده اليك فخرجت الامانة فخرج
الوصف لهم بالامانة والامانة مرضية
وان لم يكن الكافر مرضيا لكفره ولما كان
مؤتمنا في المعاملات كان مؤتمنا في الشهادة
لانها من اداء الامانة والفرق بينه

وبين العبد ان العبد ليس من اهل الولاية
على احد كالصبي والشهادة من باب
الولاية والكافر اهل للولاية على جنسه
فيكون اهلا للشهادة ايضا على جنسه
والقاضي لا يلزمه القضا بقول الكافر
وانما لزمه بالتقلد عند قيام الحجة والقضاء
امانة عنده فيجب عليه اداوه كما يلزمه
اداوه كما يلزمه النظر للغيب والصغار
منهم ومن المسلمين من غير ان يتطرق اى سبب
وجب لهم الحق وامتناعهم عن الكذب
سنا نقد والسادو الجحود الذي حكى الله تعالى
عنهم في حق من كان في ذلك الزمان
مع علمهم لا يوجب ان يكون من في
عصرنا منهم ان يكون عالما بالحق بل
الظاهر انه يعتقد الكفر حقا لجهله به ولو
علم لاسلم وقد كان في ذلك الزمان
ايضا من لا يعلم الا ترى الى قوله تعالى
ومنهم اميون لا يعلمون الكتاب الا اماني
وقال تعالى وان فريقا منهم ليكتمون الحق
وهم يعلمون وقوله من كان اهلا للشهادة لا يختلف
بين شخص وشخص قلنا انما اختلفت شهادته بين
المسلم والكافر لما ذكرنا ومثل هذا غير منكر
شرعا الا ترى ان شهادة المسلم على عدوه

لا تقبل وعلى غيره تقبل وكذا شهادته
لقرابته ولادا لا تقبل ولغيرهم تقبل
فلا يبعد رد الشهادة بالنسبة الى شخص
لتهمة فكذا هذا والمرتد لا ولاية
له على احد كالعبد والصبي وملل
الكفر كلها ملة واحدة وتقبل شهادة
بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم
قال والحربي على مثله لا على الذمي
لانه لا ولاية له على الذمي وله ولاية على
الحربي والذمي اعلا حالا منه لانه من اهل
دارنا فجازت شهادته عليه ولا تجوز
شهادة الحربي على الذمي والحربي مثل
الحربي تجوز شهادة احدهما على الاخر
الا اذا كانا من دارين مختلفين كالافرنج
والحبش لانقطاع الولاية بينهما ولهذا
لا يتوارثان والدار تختلف باختلاف
المنعة والملك لانقطاع النصرة بينهما واستباحة
كل واحد منهما دم الاخر وماله قال ومن الم
بصغيرة ان اجتنب الكباير اي تقبل
شهادة من عصى معصية صغيرة بشرط
ان يجتنب الكباير والالمم الصغيرة والالمم
اذا اذنب ما دون الفواحش وتقبل
شهادته اذا اجتنب كلها وكانت حسناته

اغلب من سيئاته وقد مضى ذكر الكبائر
والصغائر فبقي الكلام في العدالة
والاصل ان العدالة شرط لقبول
الشهادة وهي الاستقامة يقال
طريق عدل للجادة والاستقامة
بالاسلام واعتدال العقل ويعارضه
العقل هوى يضله ويصده عن
الاستقامة وليس لكمال الاستقامة
حد يدرك مداه ويكتفى بقبول الشهادة
بادناه كيلا يودي الى تضييع الحقوق
وادناه رجحان جهة الدين والعقل
على الهوى والشهوة واختلفوا في ذلك
فقيل من ارتكب كبيرة او اصر على
صغيرة سقطت عدالته وصار متهما
بالكذب لظهور رجحان جهة الهواء
على العقل واحسن ما قيل فيه ما نقل
عن ابي يوسف رحمه الله ان العدل
في الشهادة ان يكون مجتنبا عن الكبائر
ولا يكون مصرا على الصغائر ويكون صلاحه
اكثر من فساده وصوابه اكثر من خطائه
لان الصغيرة تكون كبيرة بالاصرار عليها
ولا يوثق بكلام من كثر منه الخطا والفساد
فلم يوجد ما يدل على الاجتناب عن الكذب

والالمام

والالمام من غير اصرار لا يقدح في العدالة
اذ لا يوجد من البشر من هو معصوم
سوى الانبيا عليهم الصلاة والسلام
فيودي اشتراط العصمة الى سد باب الشهادة
وهو مفتوح بقوله تعالى وكذلك جعلناكم
امة وسطا لتكونوا شهدا على الناس
اي عدولا وبقوله عليه الصلاة والسلام
المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا
في قذف قال والاقلف لاطلاق النصوص
من غير تقييد بالختان ولانه لا يخل بالعدا له
هذا اذا تركه بعذر به من كبر او خوف او
هلاك وان تركه من غير عذر استخفافا او تكاسلا
بالدين لا تقبل شهادته لانه لم يبق
عدلا لامتناع الاستخفاف بالدين وعن ابن عباس
رضي الله عنه انه لا تقبل شهادته وهو
محمول على ما اذا تركه استخفافا بالسنة
ولم يقدر ابو حنيفة رحمه الله للختان
وقتا معلوما لانه لم يرد فيه كتاب
ولا سنة ولم ينقل فيه اجماع الصحابة
رضي الله عنهم وتقدير معرفة المقادير
وطريقه السماع وليس للراي فيه مدخل وقدره
المتاخرون واختلفوا في وقته فقال بعضهم
وقته من سبع سنين الى عشر سنين

وقال بعضهم اليوم السابع من ولادته
او بعد السابع بعد ان يكون الصبي محتملا
ولا يهلك لما روي ان الحسن والحسين
رضي الله عنهما ختنا في اليوم السابع او بعد
السابع ولكنه شاذ وهو سنة للرجال
عندنا دون النسا وقال الحلواني
رحمه الله كان النسا يختتن في زمن
اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وانما
كان ذلك مكرمة لانها تكون ألذ له
عند المواقعة قال والخصي وولد الزنا
والخنثى لتحقق العدالة منهم لان قطع العضو
او زيادته او جناية ابويه لا توجب
قدحا في العدالة وقبل عمر رضي الله تعالى
عنه شهادة علقمة الخصي والخنثى اما رجل
او امراة فشهادة الجنسين مقبولة
ثم هو ان لم يك مشكلا فلا اشكال فيه
وان كان مشكلا فيجعل امراة في حق الشهادة
احتياطا حتى لا يجوز ان يشهد مع رجل ما لم
يضم اليه امراة ولا مع النسا بلا رجل معهن
قال والعمال المراد به عمال السلاطين
الذين ياخذون الحقوق الواجبة كالخراج
والجزية والصدقات عند عامة المشايخ وقيل
هم الاسرا وقيل الذين يعملون بايديهم ويوجرون

أعتسم

انفسهم واياما كانوا تقبل شهادتهم
لان نفس العمل ليس بفسق وبعض اصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم بل اكثرهم كانوا
عمالا لان العمل عبادة ولهذا لا اجر على ذلك الا
اذا كانوا اعوانا على الظلم وقيل اذا كان
العامل وجيها في الناس ذا مروة
لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر
عن ابي يوسف رحمه الله في الفاسق
لانه لمهابته لا يتجاسر احد على استيجاره على
الشهادة الكاذبة ولوجاهته لا يقدم على
الكذب حفظا للمروة وروي ان فضيل بن
ربيع وزير الخليفة شهد عند ابي
يوسف رحمه الله في حادثة فرد شهادته
فشكاه الى الخليفة فقال الخليفة ايها القاضي
ان وزيري رجل دين لا يشهد بالزور فلم
رددت شهادته فقال لاني سمعته يوما قال
للخليفة انا عبدك فان كان صادقا فلا شهادة
للعبيد وان كان كاذبا فكذلك ايضا لانه اذا كان
لا يبالي بالكذب في مجلسك فلا يبالي بالكذب
في مجلسي ايضا فعذره الخليفة قيل وهذا الذي
هذا كان في زمانهم لان الغالب عليهم
الصلاح وفي زماننا لا تقبل شهادة العمال
لغلبة ظلمهم وذكر في النهاية معزيا الى الجامع

الصغير للبزدوي ان من قام بتوزيع هذه
النوائب على المسلمين بالقسط والعدالة كان
ماجورا وان كان اصله من جهة باطلة
ثم قال فعلى هذا ينبغي ان تقبل شهادة من
قام بالتوزيع ولو كان مجازفا وان كان المراد
بالعمال اهل الحرف فقد ذكرنا حكمهم فيما تقدم
وبايع الكفن قالوا لا تقبل شهادته لانه
يتمنى كثرة الموت بالطاعون وغيره وفي
النهاية شهادة البخيل لا تقبل فالظاهر انه
اراد به من يبخل بالواجبات كالزكاة ونفقة
الزوجات والاقارب قال رحمه الله تعالى
والمعتق لمعتق اي تقبل شهادة المعتق للذي
اعتقه وكذا بالعكس لعدم التهمة وقد بينا
ان قنبرا والحسن شهدا لعلي رضي الله تعالى عنهم
عند شريح فقبل شهادة قنبر وهو كان عتيق
علي رضي الله تعالى عنهم اجمعين قال ولو
شهدا ان اباهما اوصى اليه والوصي يدعي
جاز وان انكر لا كما لو شهدا ان اباهما
وكله بقبض ديونه وادعى الوكيل او انكر
يعني اذا مات رجل وترك ابنين فادعيا ان
اباهما اوصى الى رجل والرجل يدعي الوصية جازت
شهادتهما وان انكر الرجل الوصية لا تقبل
شهادتهما كما لا يجوز شهادتهما ان اباهما الغائب

نذ

قد وكل هذا الرجل يقبض ديونه سواء ادعى
الرجل الوكالة او انكر والقياس ان لا يجوز
الوصية ايضا وان ادعى وكذا اذا شهد
الموصى اليهما او لهما او الغريمان لهما عليه
دين او عليهما له دين انه اوصى الى
هذا الرجل يجوز هذه الشهادة استحسانا
والقياس ان لا يجوز لانها تجر منفعة
الى الشاهد باقامة من يحفظ ماله او من
يستوفي منه او من تبرى ذمته بالتسليم
اليه ومن يعينه بالقيام على الوصية والشهادة
التي تجر منفعة لا تقبل فصار نظير مسالة
الوكالة وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية
نصب الوصي اذا كان الوصي طالبا وكان الموت
معروفا فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة
التعيين وزكياه بشهادتهما اذ لو لا شهادتهما
كان يتامل فيمن يعين وفي من يصلح فيعين
من ثبتت صلاحيته نظرا للميت نظرا للميت
وان لم يوص لانه نصب ناظرا لم يثبت
بهذه الشهادة شي لم يكن له فعله ونظيرها
القرعة فانها ليست لموجبة شيئا لم يكن له
لو لا القرعة ومع هذا جاز استعمالها تطييبا
للقلوب ونفيا للتهمة عن القاضي ولا يقال
اذا كان للميت وصيان لا يحتاج الى وصي ثالث

فكيف يصح ما قلتم لانا نقول اذا اقر
الوصيان ان معهما ثالثا كان له ان يضم
اليهما ثالثا لعجزهما عن القيام بامور
الميت باقرارهما ان معهما ثالثا كان
له ان يضم اليهما بخلاف ما اذا كان الوصي
جاحدا لان القاضي لا يملك اجبار احد
على قبول الوصية وبخلاف ما اذا لم يكن
الموت ظاهرا لانه حينئذ لا يملك القاضي
نصب الوصي الا بهذه البينة فتصير
الشهادة موجبة على القاضي فتبطل لمعنى
التهمة وهو جر المنفعة الى الشاهد
على ما بينا وبخلاف مسالة الوكالة
وهي ما اذا قام شخصان البينة ان
اباهما الغايب وكل فلانا بقبض حقوقه
حيث لا تقبل وان اقر الوكيل بذلك
لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن
الغايب فلو ثبت لثبت بشهادتهما وهي
غير موجبة لاجل التهمة فبطلت وفي
الكافي في الغريمين للميت عليهما دين
تقبل شهادتهما وان لم يكن الموت
ظاهرا لانهما يقران على انفسهما بثبوت
ولاية القبض للمشهود له فانتفت التهمة وثبت
موت رب الدين باقرارهما في حقهما وقيل

معنى

معنى القبول ان يامر القاضي ايهما باداء
ما عليهما اليه لا ان يبرآ عن الدين بهذا
الادا لان استيفا الدين منهما حق
عليهما فيقبل في حقه والبراة حق لهما
فلا تقبل في حقهما قال رحمه الله تعالى
ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ؛
اي على جرح اي على جرح مجرد من غير ان
يتضمن ايجاب حق من حقوق الشرع
او من حقوق العباد لان الفسق المجرد
مما لا يدخل تحت الحكم لان الفاسق يرفع
فسقه بالتوبة ولعله قد تاب في مجلسه
او قبله فلا يتحقق الالزام ولان فيه
هتك الستر واشاعة الفاحشة من غير
ضرورة وهو حرام والضرورة حاجز
ولا يقال فيه ضرورة وهو منع الظالم
عن الظلم فينبغي ان يجوز لقوله عليه الصلاة
والسلام انصر اخاك ظالما او مظلوما
لانا نقول لا ضرورة الى هذه الشهادة
لتمكنه من الاخبار للقاضي سرا حتى يرد
شهادتهما فامكن الامتناع عن الظلم
بذلك اما اذا كان الجرح غير مجرد بان
كان فيه ايجاب حق الله تعالى كقولهم زنوا
او شربوا الخمر او سرقوا او كان فيه اثبات

حق العبد كقولهما اخذوا المال او قتلوا النفس
عمدا فتقبل شهادتهما ضرورة احيا الحقوق
وان كان فيه هتك لان مقصودهما
ايجاب حق الله تعالى وهو الحد او ايجاب
حق العبد وهو ضمان يدخل تحت الحكم
وفي ضمنه يثبت الجرح وكذا اذا قال صالحت
الشهود بكذا من المال على ان لا يشهدوا
على بهذا الباطل وقد شهدوا وعلى به واقام
على ذلك بينة وطلب استرداد المال تقبل
بينته وكذا اذا قال اعطيتهم المدعي
من مالي الذي كان عنده حتى يشهدوا
له بالزور وطلب باسترداده تقبل
لان دعواه صحيحة لما فيه من ايجاب
رد المال على الشهود وهو مما يدخل
تحت الحكم حتى لو قال صالحتهم بكذا من
المال على ان يشهدوا اله لا يقبل لان الدعوى
غير صحيحة اذ المدعي مجرد جرح لانه لم
يدع قبله حقا يمكن القضا به ودعوى
الاستيجار وان كانت صحيحة لكنه يدعيها
لغيره وليس له ولاية الزام غيره لغيره فكان جرحا
مجردا ولو اقام البينة على اقرار المدعي
ان الشهود فسقة تقبل بينته لانه
اقرار بانه لا حق له في المعنى وكذا اذا اقام

البينة

~~البينة على اقراره المدعي ان الشهود فسقة~~
~~تقبل بينته لانه اقرار بانه لا حق له في~~
~~المعنى~~ وكذا اذا اقام البينة ان الشهود
عبيد او محدودون في قذف لان في العبيد
اثبات الحق عليهم وهو الرق وفي غيره
ليس فيه اشاعة الفاحشة من عندهم
وانما حكوا باظهار فاحشة من غيرهم
وذكر في الكافي انه لو اقام البينة على اقرار
الشهود انهم شهدوا بالزور او على اقرارهم
ان المدعي مبطل في هذه الدعوى او على
اقرارهم انهم لا شهادة لهم على المدعى
عليه في هذه الحادثة لم تقبل الشهادة
ومنه انه اذا اقام البينة ان الشهود
زناة او شربة خمر لا تقبل ولو اقام البينة
انهم زنوا ووصفوا الزنا او شربوا الخمر
او سرقوا مني كذا ولم يتقادم العهد تقبل
شهادتهم فقيده بكونه غير متقادم لانه لو
كان متقادما لا تقبل لعدم اثبات الحق
به لان الشهادة بحد متقادم مردودة
وما ذكره الخصاف من قوله ان الشهادة
على الجرح المجرد مقبولة تأويله اذا اقامها
على اقرار المدعي بذلك او على التزكية وعلى هذا
ما ذكره في الكافي وغيره من ان الشهود لو شهدوا

٢ انه استاجر الشهود او على اقرار الشهود
انهم لم يحضروا المجلس الذي كان فيه الحق
صح

انهم اجراء في اداء الشهادة او على اقرارهم صح

٢

ان الشهود زناة او شربة خمر لم تقبل ذات
شهدوا انهم زنوا او شربوا الخمر او سرقوا
تقبل يحمل الاول على انه اذا كان متقادما
والا فلا فرق بين قولهم زناة او زنوا الى
اخره قال ومن شهد ولم يبرح حتى
قال اوهمت بعض شهادتي تقبل لو كان عدلا
اي اخطات بذكر زيادة كانت باطلة او
بنسيان بعض ما كان يجب علي ذكره تقبل
لان الشاهد قد يبتلى بالغلط لمهابة مجلس
القاضي فوضح العذر فتقبل شهادته
اذا تداركه في اوانه وهو عدل وان قال
ذلك بعد ما قام عن المجلس لا تقبل
شهادته لجواز انه غره احد الخصمين بالرشوة
ثم قيل يقضى بجميع ما شهد به اولا حتى لو شهد
بالف ثم قال غلطت في خمسماية يقضى بالالف
لان المشهود به اولا صار حقا للمدعي ووجب
على القاضي القضاء به فلا يبطل برجوعه وقيل
يقضى بما بقي لان ما حدث بعد الشهادة
قبل القضا كحدوثه عند الشهادة واليه مال
شمس الايمة السرخسي رحمه الله هذا اذا كان
موضع شبهة كما بينا اما اذا لم يكن موضع
شبهة فلا باس باعادة الكلام مثل ان يدع
لفظ الشهادة او اسم المدعي او المدعى عليه

او يترك الاشارة الى احد الخصمين وما يجري
مجراه وان قام عن المجلس بعد ان يكون
عدلا مامونا وعن ابي حنيفة رحمه الله
وابي يوسف ان قوله يقبل في غير المجلس
في الكل والاول هو الظاهر وذكر في النهاية
ان الشاهد اذا قال اوهمت في الزيادة او في
النقصان يقبل قوله ان كان عدلا ولا
يتفاوت بين ان يكون قبل القضا او
بعده رواه الحسن عن ابي حنيفة وبشر
عن ابي يوسف وعلى هذا لو وقع الغلط
في ذكر بعض حدود العقار او في بعض النسب
ثم تذكر ذلك تقبل لانه قد يبتلى في
مجلس القضا فذكره ذلك للقاضي دليل
على صدقه واحتياطه في الامور والله اعلم

باب الاختلاف في الشهادة

قال **الشهادة ان وافقت الدعوى قبلت والا فلا** لان تقدم الدعوى في حق
العبد شرط لقبول الشهادة لان القاضي انما
نصب لفصل الخصومات بين الخصوم
وفصله يفتقر الى سبق احد الشيئين بعد
الدعوى اما الشهادة او اليمين وقد
وجد تقدم الدعوى فيما اذا وافقت
الشهادة الدعوى فامكن الفصل بالشهادة

ولم يوجد فيما اذا خالفتها فلم يمكن العمل
بها وهذا لان الشهادة لاجل تصديق الدعوى
فاذا خالفتها فقد كذبتها والدعوى الكاذبة
لا يعتبر وجودها فانعدم الشرط وهو
تقدم الدعوى فلا يحكم بها بخلاف حقوق
الله تعالى واجبة على كل احد فكان كل
واحد خصما في اثباته فصار كان الدعوى
موجودة ولانه تعالى لما امر باقامتها كان
طالبا لها فلم يبق الا اقامتها وفي حقوق
العباد لا بد من طلبها بالدعوى اذ لا
يعرف القاضي حقوقهم ولا يجبرهم على
استيفائها قال **ويعكسه لا** اي بعكس ما مضى
وهو ما اذا ادعى ملكا مطلقا فشهد بالملك ب
سبب معين لا يكون لغوا بل تقبل الشهادة
لانهم شهدوا باقل مما ادعى وذلك لا يمنع قبول
الشهادة قال **ويعتبر اتفاق الشاهدين**
لفظا ومعنى لان القضا لا يجوز الا بحجة وهي
شهادة المثنى فما لم يتفقا فيما شهدا لا تثبت
الحجة مطلقا والموافقة المطلقة باللفظ والمعنى
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الاتفاق
في المعنى هو المعتبر لا غير والمراد بالاتفاق في
اللفظ تطابق اللفظين على افادة المعنى
بطريق الوضع لا بطريق التضمن حتى لو

ادعى

ادعى دارا ارثا او شرا فشهدا بملك
مطلق لغت اي لا يقبل بينته لانهما شهدا
باكثر مما ادعاه المدعي لانه ادعى ملكا حادثا وهما
شهدا بملك قديم وهما مختلفان فان الملك في
المطلق يثبت من الاصل حتى استحق
المدعي بزوائده ولا كذلك في الملك الحادث
وترجع الباعة بعضهم على بعض فصار اغيرين والتوفيق
متعذر لان الحادث لا يتصور ان يصير قديما
ولا القديم حادثا فلا يقبل الشهادة قال صح

ادعى رجل مائة درهم فشهد شاهد بدرهم واخر
بدرهمين واخر بثلاثة واخر باربعة واخر
بخمسة لم تقبل عند ابي حنيفة رحمه الله لعدم
الموافقة لفظا وعندهما يقضي باربعة وكذا ان
شهد احدهما بالف والاخر بالفين لم تقبل
عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان
المدعي يدعي الالفين وعلى هذا الخلاف
المائة والمائتان والطلقة والطلقتان
او الثلاث لهما انهما اتفقا على الاقل وتفرد
احدهما بالزيادة فيثبت ما اتفقا عليه لوجود
الحجة دون ما تفرد به احدهما لعدمها وذلك
ليس باختلاف الا ترى ان المدعي لو ادعى الاكثر
وشهدا بالاقل تقبل ولو كان اختلافا لما قبلت
لان من شرط القبول ان توافق البينة الدعوى
فصار كما اذا شهد احدهما بالف والاخر بالف
وخمسمائة والمدعي يدعي الالف والخمسمائة بخلاف
ما اذا ادعى الاقل حيث لا يثبت شيء لان
المدعي كذب من يشهد بالزيادة وبشهادة
الفرد لا يثبت شي ~~لان المدعي كذب من يشهد~~
~~بالزيادة وبشهادة الفرد لا يثبت~~ الحق ولابي
حنيفة رحمه الله ان اختلاف اللفظ يدل على اختلاف
المعنى لان لفظ الواحد غير لفظ الاثنين ولفظ الالف
غير لفظ الالفين ولهذا لا يراد باحدهما الاخر

ولم يثبت واحد من اللفظين لانه لم يشهد
على كل واحد منهما الا واحد ولا يقال ان الالف
موجود في الالفين لانا نقول نعم موجود
فيه اذا ثبتت الالفان تثبت الالف ضمنا فاذا لم
يثبت المتضمن لا يثبت المتضمن الا ترى انه لو
شهد احدهما انه قال لامراته انت خلية وشهد
الاخر انه قال برية لا يقع شي وان اتفق المعنى
في المعنى لعدم ثبوت واحد منهما نعلم بذلك
ان اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى شرط القبول
بخلاف الدعوى والبينة حتى لا يشترط اتفاقهما
في اللفظ الا ترى ان المدعي لو ادعى الغصب او
القتل فشهدا باقرار المدعى عليه بذلك تقبل
ولو شهد احدهما بالغصب او القتل والاخر
بالاقرار به لا تقبل بخلاف الالف وخمسمائة
لان الشاهدين اتفقا على الالف لفظا ومعنى
وتفرد احدهما بالزيادة على سبيل العطف
والمعطوف غير المعطوف عليه فيثبت ما اتفقا
عليه ونظيره الطلقة والطلقة ونصف
والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة
وخمسة عشر حيث لا يقبل لانه مركب كالالفين
اذ ليس بينهما حرف العطف ولو لم يدع المدعي
الاكثر فشهادة من شهد بالاكثر باطلة لانه كذبه
المدعي بالزيادة الا ان يوفق فيقول اصل حقي

كان

كان كما قال الا اني استوفيت الزايد او ابراته
عنه فحينئذ تقبل في الاقل لظهور التوفيق
وفي النهاية ان كانت المخالفة بينهما في
اللفظ دون المعنى تقبل شهادته وذلك نحو
ان يشهد احدهما على الهبة والاخر على
العطية وهذا لان اللفظ ليس بمقصود في
الشهادة بل المقصود ما تضمنه اللفظ
وهو ما صار اللفظ علما عليه فاذا وجدت
الموافقة في ذلك لا تضر المخالفة فيما سواها
هكذا ذكره ولم يحك فيه خلافا وكذا اذا شهد
احدهما بالنكاح والاخر بالتزويج تقبل شهادتهما
ذكره في المحيط ولم يحك فيه خلافا قال
فان شهد احدهما بالف والاخر بالفين لم
تقبل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما
تقبل بنا على ان المعتبر الاتفاق في اللفظ والمعنى
عنده وعندهما في المعنى لا غير وقد بيناه
الوجه من الجانبين والذي يبطل مذهبهما ان
الشاهدين لو شهدا بتطليقة وشهد اخران
بثلاث تطليقات وفرق القاضي بينهما قبل الدخول
ثم رجعوا كان ضمان نصف الصداق على
شاهدي الثلاث دون شاهدي الواحدة
ولو كان كما قالا ان الواحدة توجد في الثلاث
لكان الضمان عليهم جميعا ولا يلزم ما اذا قال

علا الالف م

٢٩١

لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة حيث
تقع واحدة لان ذلك لكون الثلاث صار
في يدها فلها ان توقع كلها او بعضها ولا يلزم
ما اذا قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت
واحدة حيث تقع واحدة لان ذلك لكون
الثلاث صار في يدها فلها ان توقع كلها
او بعضها ولا يلزم ما اذا طلقها الزوج
الفا حيث يقع الثلاث لانه يتصرف عن
ملك فله ان يوقع اي عدد شاء الا انه
لا ينفذ الا بقدر المحل قال وان شهد
الاخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي ذلك
قبلت على الالف فيما اذا شهد احدهما بالف
وشهد الاخر بالف وخمسمائة تقبل شهادتهما
بالف اذا كان المدعي يدعي الالف وخمسمائة
لاتفاقهما على الالف وتفرد احدهما بخمسمائة بخلاف
ما اذا كان يدعي الالف فقط حيث لا تقبل شهادتهما
لان المدعي كذب من شهد بالزيادة على ما بينا
من قبل وهذا كله فيما اذا ادعى دينا واما اذا
ادعى العقد فلا تقبل الشهادة على ما يجيء من بعد
قال ولو شهدا بالف وقال احدهما قضاه
منها خمسمائة تقبل بالف ولم يسمع قوله انه قضاه
الا ان يشهد معه اخر لانهما اتفقا على وجوب
الالف فتقبل وانفرد احدهما بقضاء النصف

فلا

فلا يقبل لعدم كمال النصاب ولا يكون قوله
قضاه خمسمائة مناقضا لشهادته بالالف
لان قضاء الدين طريقه المقاصة معناه ان الدائن
يجب عليه ما قبض فلا ينافي بقاء دينه فلا
ينافي بقاء دينه فلا يكون كاذبا ولا يقال ان
المدعي كذب شاهده بالقضاء فينبغي ان لا يقبل
كما اذا شهد بالالف وخمسمائة والمدعي يدعي الفا
لانا نقول لم يكذبه فيما شهد له وانما كذبه
فيما شهد عليه وذلك لا يقدح كما اذا شهد
له اثنان بحق ثم شهدا عليه بحق لانسان
اخر فان شهادتهما له لا تبطل وان كذبهما
فكذا هذا بخلاف ما استشهد به لان
التكذيب فيه فيما شهد له فيكون
فاسدا وعن ابي يوسف رحمه الله انه
يقضي بخمسمائة فقط لان مضمون شهادة
شاهد القضاء ان لا دين الا خمسمائة في المعنى
وهو المعتبر عنده على ما مر وينبغي ان يكون
قول محمد كذلك لان مذهبه اعتبار المعنى
كمذهب ابي يوسف لكنه خالفه لانه لم
يشهد له بخمسمائة ابتداء بل اتفق الشاهدان
على وجوب الالف على المدعى عليه ثم انفرد الاخر
بالقضاء فلا يسمع قال وينبغي ان لا يشهد
حتى يقر المدعي بما قبض يعني يجب عليه

ان لايشهد بالالف كلها اذا علم انه قضاه
منها خمسماية حتى يقر المدعى انه قبض
خمسماية كي لايصير معينا على الظلم قال ولو شهدا
بقرض الف وشهد احدهما انه قضاه جازت
الشهادة على القرض لتمام الحجة في القرض
وعدمها في القضا وذكر الطحاوي عن بعض
اصحابنا انه لايقضي بها القاضي وهو قول
زفر رحمه الله لان في زعم احد الشاهدين
انه لاشي له عليه من المال ولو قضي لكان قضا
بشهادة الواحد وهو غير جايز ولان المدعى
كذب شاهد القضا ولا اشتبه ان يكون
هذا قول ابي يوسف رحمه الله على ما ذكرنا
في المسالة الاولى اذ لا فرق بين المسالتين الا من حيث
ان احد الشاهدين شهد بقضا كل الدين في
هذه وفي الاولى بقضا البعض والجواب
ما ذكرنا في الاولى واذا اختلف الشاهدان
في الزمان او المكان في البيع والشرا والطلاق
والعتق والوكالة والوصية والرهن والدين
والقرض والبراة والكفالة والحوالة والقذف
يقبل واذا اختلفا في الجناية والغصب والقتل
والنكاح لا تقبل والاصل ان المشهود به
ان كان قولا كالبيع ونحوه فاختلاف
الشاهدين فيه في المكان او الزمان

لايمنع

لايمنع قبول الشهادة لان القول مما يعاد
ويكرر وان كان المشهود به فعلا كالغصب
او قولا لكن الفعل فيه شرط صحته كالنكاح
فانه قول وحضور الشاهدين فعل وهو
شرط فاختلافهما في الزمان او المكان يمنع
القبول لان الفعل في زمان او مكان اخر غير الفعل في زمان او مكان صح
فاختلف المشهود به ثم قال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله اذا اختلف شاهدا
القذف في زمانه او مكانه لايقبل وان
كان قولا لان كل واحد منهما ان كان انشا
فهما غيران وليس على كل قذف شاهدان
وان كان احدهما انشا والاخر اخبارا
فهما لا يتفقان لان الانشا ان يقول
زنيت او انت زان والاخبار ان يقول
قذفتك بالزنا وابو حنيفة رحمه الله
يقول يحتمل ان يكون احدهما سمع الانشا
والاخر سمع الاقرار به وثبت عنده
فتعدد فيها شاهدان به فالك ولو شهدا
انه قتل زيدا يوم النحر بمكة واخران انه
قتله بمصر ردتا يعني طايفتين كل واحدة منهما
نصاب الشهادة اجتمعا عند الحاكم وشهدا على
نحو ما ذكره ترد الطايفتان لان احداهما كاذبة
بيقين وليست احداهما باولى من الاخرى بالقبول

وهذا لان التحري من باب الفعل والفعل الواحد
لا يتكرر لان الاول حركات انقرض لكونه
عرضا لا يبقى زمانين والثاني حركات
اخر غير الاول يجدها الله تعالى في ذلك
المحل ولا يمكن ان يجعل الثاني اخبارا عن الاول
حتى يصير تكرارا الاول واعادته لان الاخبار
عن الفعل بالفعل لا يتصور فكان غيره
حقيقة وحكما بخلاف القول لان القول
يحكى بالقول قال رحمه الله فان قضى
باحدهما او لا بطلت الاخرى يعني لو
قضى القاضي بوجوب القصاص بشهادة الطائفة
الاولى ثم شهدت الاخرى لا تقبل لان الاولى
رجحت باتصال القضاء بها فلا ينتقض بالثانية
وهذا لانه لما حكم بانه قتل بمكة صار
ذلك حكما بانه لم يقتل في غيرها اذ قتل
شخص واحد في مكانين لا يتصور فصار
نظيرها لو كان مع رجل ثوبان احدهما
نجس فتحرى وصلى في احدهما ثم وقع
تحريه على طهارة الاخر لا يجوز له الصلاة
فيه لان الاول اتصل بحكم الشرع فلا ينتقض
بوقوع التحري في الاخر قال ولو شهدا
بسرقة بقرة واختلفا في لونها قطع بخلاف
الذكورة والانوثة والغصب يعني لو شهد

شا

٢

بان قال احدهما سرق بقرة بيضاء وقال الاخر
بقرة سوداء يقبل شهادتهما ويقطع يده
بخلاف ما اذا قال احدهما سرق ذكرا والاخر
انثى او اختلفا في لون البقرة صح

شاهدان على سرقة بقرة واختلفا في لون
البقرة في الغصب حيث لا تقبل شهادتهما
فيهما وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
رحمهما الله لا تقبل شهادتهما في السرقة ايضا لان
البقرة البيضاء غير السوداء فكانا سرقتين مختلفتين
ولم يتم على فعل واحد نصاب الشهادة فلم تثبت
وصار كاختلافهما في اللون في الغصب بل اولى لان
الثابت بالغصب ضمان لا يسقط بالشبهات
والثابت بالسرقة حد يسقط بها فصار نظير اختلافهما
في قيمتها وله انهما اختلفا فيما لم يكلفا نقله لان
القطع لا يضاف الى اثبات الوصف فصار كاختلافهما
في ثياب السارق الا ترى انهما لو سكتا عن
بيان اللون جازت شهادتهما بخلاف بيان
القيمة لان ذلك من نفس الشهادة حتى يعلم انها
تبلغ نصابا ولان التوفيق ممكن لان السرقة
تكون في الليالي غالبا ويكون التحمل فيها من بعيد
فيشتبه عليهما اللونان او يجتمعان في بقرة
واحدة بان كان احد جانبيها ابيض والجانب
الاخر اسود فيشهد كل بما راى او بما وقع عنده
بخلاف وصف الذكورة والانوثة لانهما لا يجتمعان
في بقرة واحدة وكذا الوقوف على تلك الصفة
يكون بالقرب فلا يشتبه فيكونان سرقتين
مختلفتين فلم يتم في كل واحد منهما نصاب

فيهما

الشهادة فلم تثبت وصار كالاختلاف بينهما في الذكورة
والانوثة وكاختلافهما في اللون في الغصب بل
وبخلاف الغصب لان التحمل فيه بالنهار
لان الغصب يقع بالنهار وهو يقرب منه
غالبا فلا تشتبه عليه الحال فتكون الشهادة
على تحقيق وتامل لتمكنه من ذلك فلا
يشتبه عليه فان قيل في التوفيق
احتيال لايجاب الحد وهو يحتال لدرئه
لا لايجابه قلنا القطع لا يضاف الى
اثبات الوصف لانهما لم يكلفا نقله
على ما بينا وما يوجب الدرء يكون في نفس
الموجب لا في غيره فان قيل على هذا تكون
البقرة المسروقة بلقا والمشهود بسرقتها
اما بيضا او سودا او لم يقل واحد منهما انها
بلقا فتكون غيرها ضرورة قلنا نعم ولكن
ذلك في حق من يعرف اللونين اما في حق من لا يعرف
الا احدهما في عنده على ذلك اللون فسماها
بيضا او سودا بناء على ما شاهد من مواضعها
وهذا الخلاف فيما اذا كان المدعي يدعي بقرة
مطلقا من غير تقييد بوصف واما اذا ادعى
سرقة بقرة سودا او بيضا لا تقبل شهادتهما
بالاجماع لان المدعي كذب احدهما وقيل هذا
في لونين متشابهين كالسواد والحمرة واما في لونين

غير

غير متشابهين كالسواد والبياض لا تقبل الشهادة
والاصح ان الكل على الخلاف ذكره في المبسوط
وعلى هذا الخلاف فيما اذا اختلفا في ثوب
بان قال احدهما هروي وقال الاخر
مروي وان اختلفا في الزمان او المكان لم تقبل
الشهادة وقد بيناه قال ومن شهد لرجل
انه اشترى عبد فلان بالف وشهد
اخر بالف وخمسماية بطلت الشهادة
لان المقصود اثبات السبب وهو العقد
فالبيع بالف غير البيع بالف وخمسماية فاختلف
المشهود به لاختلاف الثمن فلم يتم النصاب على
كل واحد منهما ولان المدعي يكذب احد شاهديه
وكذا اذا كان المدعي هو البايع ولا فرق بين
ان يكون المدعي اقل المالين او اكثرهما لما بينا
من ان المقصود اثبات السبب على معنى انه
الاصل والحكم يثبت تبعا لثبوته وان كان
الحكم هو المقصود حقيقة في حق الانتفاع والسبب
وسيلة اليه لكن مقصوده وهو الحكم لا يحصل
الا به فكان في اثباته اثبات الحكم اذ لا يمكن
اثبات الحكم الا بسبب معين وذكر علاء الدين
السمرقندي رحمه الله ان الشهادة تقبل
لان التوفيق ممكن لان الشرا الواحد قد يكون بالف
ثم يصير بالف وخمسماية بان يشتريه بالف

ثم يزيده خمسمائة فقد اتفقا على شرا
واحد ولو اختلفا في الجنس بان شهد
احدهما بانه اشتراه بالف درهم وشهد
الاخر انه اشتراه بماية دينار بطلت لعدم
امكان التوفيق لان الشرا الواحد لا يتصور
ان يكون بالف درهم ثم يصير بماية دينار
قال وكذا الكتابة والخلع اي اذا اختلفا
في مقدار البدل فيهما لا تقبل شهادتهما لما ذكرنا
ان المقصود اثبات السبب وهذا اذا كان المدعي
هو العبد فظاهر لانه يدعي السبب ليحصل له
مقصوده وهو العتق بالاداء فصار نظير الشرا
وان كان المدعي هو المولى فكذلك لان العتق
لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات
السبب وهذا لان البدل في ابتدا العقد مقابل
بفك الحجر ثم ينتقل عند ادا المال فيصير مقابلا
بالعتق فقبل الادا بمنزلة الاجارة فكان
مقصوده اثبات العقد وقيل ان كان المدعي
هو المولى لا تقبل بينته لان العقد غير لازم
في حق العبد لتمكنه من الفسخ بالتعجيز والمراد
بالخلع اذا كانت المراة هي المدعية للخلع لان
مقصودها اثبات السبب فيثبت قدر ما
اتفقا عليه دون ما تفرد به احدهما وان
كان المدعي هو الزوج يقع الطلاق باقراره

فيكون

فيكون دعوى الدين فيقبل شهادتهما فيما
اتفقا عليه على نحو ما ذكرنا في الخلع وفي الرهن
ان كان المدعي هو المرتهن فهو كدعوى الدين
يثبت اقلهما لما ذكرنا وان كان المدعي هو
الراهن فلا تقبل الشهادة لانه ليس له ان
يلزمه الرهن اذ الرهن غير لازم في حق
المرتهن وله ان يفسخه اي وقت شا فلا
فائدة في اقامة البينة ولانه حق عليه
والانسان لا يقيم البينة على حق عليه وانما
يقيمها على حق له وصورة دعوى الرهن ان
يدعي انه رهنه الفا وخمسماية ثم يثبت اقلها
وفي الاجارة ان كان قبل استيفا المعقود
عليه وهو المنافع فهي نظير البيع فلا تقبل
شهادتهما لما ذكرنا في البيع وان كان بعد مضي
المدة فهي كالدين يثبت ما اتفقا عليه ان كان
المدعي يدعي الاكثر وان كان يدعي الاقل
لا تقبل شهادة من شهد بالاكثر لانه كذبه
المدعي وكذا في جميع هذه الصور كما بينا
في الدين قال فاما النكاح فيصح بالف
يعني باقل المالين وهذا عند ابي حنيفة رحمه
الله سوا كان الدعوى من الزوج او من المراة
وسوا ادعى الاقل او الاكثر وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله تبطل الشهادة ولا يقضى

وادعى انه قبضه ثم اخذه الراهن فبطل الاسترداد منه فاقام بينة فشهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة صح

٢٩٦

بنى لان المقصود من الجانبين اثبات
السبب والنكاح بالف غير النكاح بالف
وخمسماية فتبطل الشهادة كما في البيع سواء
كان الزوج هو المدعي او المراة هي المدعية
لامتناع ثبوت النكاح باقرار احدهما
بخلاف العتق على مال والخلع والصلح عن
دم العمد حيث يكون دعوى الدين اذا
كان المدعي هو الزوج والمولى والولي لانه
باقراره يسقط القصاص ويقع الطلاق
والعتق فيبقى دعوى المال المجرد عن السبب
ولابي حنيفة رحمه الله ان التسمية في
النكاح كما تصح عند العقد تصح بعده فانه
لو تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم سمى لها مهرا
صحت التسمية ولصحة التسمية لا يحتاج
الى انشاء العقد وانما يحتاج الى قيامه
تارة يكون حالة الابتدا وتارة يكون حالة
البقا فلم يلزم من اختلاف التسميتين اختلاف
العقد لان التسمية في حال بقاء العقد
لا يكون بينة على العقد بل يكون على التسمية
المجردة فكان الثابت بشهادتهما لم يتعين
الا على المال حال بقا النكاح فيثبت ما اتفقا
عليه كالدين في مسئلة القضية ان شهادتهما
لم يتعين الا على المال حال بقا النكاح فيثبت

بها

وهذا في حال البقا ... وجود العقد ... على التسمية

بها التسمية وبقا النكاح لا غير ولان المال
في النكاح تابع والاصل فيه الحل والازدواج
والملك ومن حكم التبع ان لا يغير الاصل
ولهذا لا يبطل بنفيه ولا يفسد بفساده
فكذا لا يختلف باختلافه فبقي المقصود
سالما عن الاختلاف فلزم ما وقع
فيه الاختلاف وهو المال فيقضي بالاقل
منهما كما في الدين وقيل الخلاف فيما اذا
كانت المراة هي المدعية فجعل ابو حنيفة
مقصودها المال فخرجه على ما بينا
وهما جعلا ان مقصودها العقد لما بينا
لها واما اذا كان المدعي هو الزوج فمقصوده
العقد لا المال فلا يقبل بينته بالاجماع
لان العقد بالف غير العقد بالف وخمسماية
على ما بينا والاول هو الاصح وقد بينا
وجهه وهو الاستحسان ويستوي
فيه دعوى اقل المالين واكثرهما في
الصحيح لاتفاقهما عليه ويكون بدعوى
الاقل تكذيبا للشاهد لجواز ان الاقل
هو المسمى ثم صار اكثر بالزيادة قال و
ملك المورث لم يقض لوارثه بلا [illegible]
الا ان يشهد انه ملكه او يده او يد مستعيره
وقت الموت يعني اذا اثبت شيا نه ملك

في الاصل وهو العقد والاختلاف في البيع لا يوجب
٢ خلافه لكن لا بد من وجوب المال فيجب الاقل
لاتفاقهما صح صح

مودعه او صح ١

المورث بان ادعى الوارث عينا في يد
انسان انها ميراث ابيه واقام
شاهدين فشهدا ان هذه كانت لابيه
لا يقضى له حتى يجرا الميراث فيقولا مات
وتركها ميراثا له او يقولا كانت لابيه
يوم موته او كانت في يده او في يد
من يقوم مقامه من المستعير وغيره
والاصل فيه ان الجر شرط وهو ان يقول
الشاهد مات وتركها ميراثا له ولكن
اذا ثبت ملكه او يده عند الموت
كان جرا لانه اذا ثبت ملكه اوان الانتقال
الى الوارث فيثبت الانتقال ضرورة
فيكون اثباتا للانتقال وكذا اذا ثبت يده
عند الموت كان جرا لان يده ان كانت
يد ملك فهو على ما بينا وان كانت يد
امانة فكذلك الحكم لان الايدي في الامانات
عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة
الضمان اذا مات مجهلا لتركه الحفظ به
والمضمون يملكه الضامن على ما عرف
فيكون اثبات اليد في ذلك الوقت
اثباتا للملك واثبات يد من يقوم
مقامه كالمودع والمستعير والمستاجر
والمرتهن والغاصب وغيرهم اثبات

ليده

ليده فيغني اثبات الملك وقت الموت
عن ذكر الجر فاستغني به عنه وهذا عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو
يوسف رحمه الله الجر ليس بشرط بل
اذا اثبت الوارث ان العين كانت للمورث
يكفي لان ملك الميت قد ثبت بقول
الشهود كانت له وملك الوارث خلافة
عنه ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه
به ويصير مغرورا فيما اشتراه المورث
فيكون ملك الوارث عين ملك المورث
مستمرا الى هذا الوقت لا ملكا اخر غيره
كما في الحي اذا ثبت انها كانت له يحكم له
بها ولا يكلف اقامة البينة على ان ملكه
ثابت في هذا الوقت وكما اذا ادعى عينا
في يد انسان انه اشتراها من فلان
غير ذي اليد واقام البينة على الشرا
منه وانكر ذو اليد انها ملك البايع
واقام المشتري بينة انها كانت له يكتفي
بذلك ويقضى له بها ولا يكلف اقامة
البينة انها كانت للبايع وقت البيع
وهذا لان ما ثبت فهو باق الى ان يوجد
ما يزيله لاستغنا البقا عن دليل ولهما
ان ملك الوارث متجدد ثبت له بعد

ان لم يكن ثابتا الا ترى انه يثبت في حقه
احكام لم تكن ثابتة في حق المورث من استبرا
الجارية وحل وطيها لو كانت محرما لها
على المورث او بالعكس وكذا يحل للوارث
الغني اكل صدقة ورثها من الفقير ولولا
تجدد الملك لما حل له فاذا كان متجددا
فلابد من اثبات الانتقال اليه وذلك بما
ذكرنا من الجر لا باثبات ملك الميت قبل
الموت لان بقا ملكه الى الموت يثبت
باستصحاب الحال وهو حجة لابقا ما كان
على ما كان لا لاثبات ما لم يكن وحاجتنا
اليه لان مالكية الوارث لم تكن ثابتا قبل
موت المورث فكان متجددا ضرورة فلا
يثبت باستصحاب الحال الا ترى ان
الشفيع لا يستحق الشفعة بظاهر يده في
الدار المشفوعة بها وان كان يدفع دعوى
غيره به لما ذكرنا بخلاف ما اذا اثبت الحي
انها كانت له حيث يحكم له بها لانا اعتبرنا
فيه استصحاب الحال لبقا ما كان على
ما كان وهو حجة فيه على ما بينا وبخلاف ما
اذا اقام البينة انه اشتراها من فلان حيث
لا يكلف اقامة البينة انه كان مالكها
وقت البيع لان ملك المشتري مضاف الى

الشرا

الشرا بالبينة لا الى استصحاب الحال لبقا
ملك البايع لان الشرا سبب موضوع
للملك بل موضوع لابطاله فكم من موت
ليس فيه ايجاب الملك لاحد الا ترى
ان الوارث لو علق العتق بموت مورثه
بان قال ان مات سيدك فانت حر
لا يصح ولو كان سبب الملك لصح كما اذا
قال لعبد الغير ان اشتريتك فانت حر
قال **ولو شهدا ايدي منذ شهر ردت**
اي اذا شهد شاهدان ان هذا العين
كانت في يد فلان منذ شهر وهو حي
ردت الشهادة وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد وعن ابي يوسف انها تقبل لان
اليد مقصودة كالملك فوجب ان تقبل
كما اذا شهدا بالاخذ من المدعي او
بالاقرار منه باليد له ولهما ان
الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية
وهي متنوعة الى ملك وامانة وضمان
فلا يمكن القضا بالمجهول بخلاف الملك
لانه معلوم غير متنوع وبخلاف الاخذ لانه
معلوم ايضا وحكمه معلوم وهو وجوب
الرد لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد
ما اخذت حتى ترده وكذا الاقرار باليد

٢ حتى لا يتحقق بدون اثبات الملك فيكون
ثابتا بالشرا واما في الموت فثبوت الملك
للوارث مضاف الى كون المال ملكا للمورث
وقت الموت لا الى الموت لان الموت ليس
بسبب موضوع للملك ح ح

كما اذا شهدا انها كانت ملكه منذ شهر وهذا لان
الملك متى ثبت يبقى الى ان يوجد ما يزيله فكذا اليد وصار
ح



معلوم على ما يجي ولان يد صاحب اليد
معاين ويد المدعي مشهود به فلا يعارض
المتحقق لان العيان يوجب العلم والشهادة
يوجب غلبة الظن فكان اكثر اثباتا قال
ولو اقر المدعى عليه بذلك او شهد شاهدان
انه اقر انه كان في يد المدعي دفع الى
المدعي اي اقر المدعى عليه باليد للمدعي
او شهد شاهدان بانه اقر باليد للمدعي
منذ اشهر دفع ذلك الى المدعي لان الاقرار
معلوم فتصح الشهادة به وجهالة المقر به
لا يمنع صحة الاقرار الا ترى انه لو قال
لفلان على شيء صح ويجب عليه البيان
ولا تصح الشهادة به والله تعالى اعلم
بالصواب

باب الشهادة على الشهادة

قال رحمه الله تقبل فيما لا
يسقط بالشبهة ان شهد رجلان على شهادة
شاهدين اي تجوز الشهادة على الشهادة
بشرط ان يشهد شاهدان على شهادة كل
واحد من الاصليين وهذا استحسان
والقياس ان لا يجوز لان الشهادة عبادة
بدنية وجبت على شاهد الاصل وليست
بحق للمشهود له بدليل انه لا يجوز الخصومة
فيها والاجبار عليها والنيابة لا تجري

في العبادة البدنية ولان فيها زيادة احتمال
لان الاحتمال فيها في موضعين في الاصول
وفي الفروع وفيه شبهة من حيث البدلية
ولهذا لا يصار الى الفروع الا عند العجز
عن الاصول وجه الاستحسان ان الحاجة
ماسة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز
عن اداء الشهادة لموت او مرض او
بعد مسافة فلو لم تجز الشهادة على
الشهادة ادى الى اتواء الحقوق ولهذا
جوزنا الشهادة على شهادة الفروع وعلى
شهادة فروع الفروع الى غير نهاية ن
وقضا ركتاب القاضي الى القاضي وقوله
فيما لا يسقط بالشبهة احتراز عن الحدود
والقصاص لانهما يسقطان بالشبهة وفيها
شبهة على ما ذكرنا فلا يثبتان بها كما لا
يثبتان بشهادة النساء لما فيها من شبهة
البدلية بل اولى لان في الشهادة على الشهادة
حقيقة البدلية ويدخل تحته جميع الحقوق
وذكر الناطفي انها لا تجوز في الوقف والصحيح
انها تجوز فيه احتيالا وصونا عن
اندراسه وقوله ان شهد رجلان
على شهادة شاهدين يعني ان شهد على كل واحد
من الشاهدين رجلان لان كل واحد من

الشهادة تتضمن قضية من القضايا فلابد من
تمام النصاب على كل واحد منهما لتثبت عند
الحاكم ولا يشترط تغاير الفروع حتى لو
أشهد احدهما على شهادته رجلين واشهدهما
الاخر بعينهما جاز وقال الشافعي رحمه
الله لا يجوز حتى يشهد على كل واحد منهما
رجلان غير اللذين اشهدهما صاحبه
لان كل شاهدين قايمان مقام اصل واحد
فلا تتم الحجة بهما كالمرأتين لما قامتا مقام
رجل لا تتم الحجة بشهادتهما ولان الفرع
لما تحمل الشهادة صار شاهدا وليس للشاهد
ان يشهد على تلك الشهادة على غيره الا ترى
ان احد الاصلين لما كان شاهدا لا يجوز
له ان يشهد على صاحبه على شهادته مع
رجل اخر وقال مالك رحمه الله يجوز شهادة
الواحد على شهادة الواحد لان الفرع
قايم مقام الاصل معبر عنه بمنزلة رسوله
في ايصال شهادته الى مجلس القاضي فكانه
حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية
الاخبار فان رواية الواحد عن الواحد
مقبولة ولنا قول علي رضي الله تعالى عنه
لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين
مطلقا من غير تقييد بان يكون بازاء
كل

كل اصل فرعان ولان شهادة كل واحد
من الاصلين حق من جملة الحقوق والحق
عند القاضي لا يثبت الا بحجة تامة لانها
ملزمة للقاضي القضاء فلابد من النصاب
فاذا شهد شهدا على شهادة احدهما
جاز ان يشهدا على الاخر ايضا لان الشاهدين
يجوز لهما ان يشهدا على قضايا كثيرة
بخلاف امرأتين لان النصاب لم يتم
بهما وشطر العلة لم يثبت به شيء لان
المرأتين كرجل واحد وبخلاف ما
اذا شهد احد الاصلين على ما شهد به مع
رجل اخر لان شاهد الاصل يعلم الحادثة
يقينا فلا يستفيد بشهادة صاحبه اياه
شيئا ولان معنى الاصالة يقتضي مشاهدة
الحق ومعنى الفرعية يقتضي عدم المشاهدة
فيتنافيان فلا يجوز ولان الفرع بدل
عن الاصل فلا يجوز ان يكون الشخص الواحد
بدلا واصلا في حالة واحدة ولان شاهد
الاصل يثبت نصف الحق والفرعان نصفه
ولو جازت شهادته على شهادة صاحبه
لثبت ثلاثة ارباع الحق ولا نظير له في الشرع
ولا يقال لو كان الفرع بدلا لما جاز ان يشهدا
مع احد الاصلين اذ لا يجوز الجمع بين البدل

والمبدل لانا نقول لم يجمع بينهما لان الفرعين
ليتسايد لعن الذى شهد معهما بل عن
الذى لم يحضر وقوله ان شهد رجلان وقع
اتفاقا لانه يجوز ان يشهد على الشهادة رجل
وامراتان لتمام النصاب وكذا لا يشترط
ان يكون المشهود على شهادته رجلا لان
للمراة ايضا ان تشهد على شهادتها رجلين
او رجلا وامراتين ويشترط ان يشهد
على شهادة كل امراة نصاب الشهادة لما
بينا قال ولا تقبل شهادة واحد اى
لا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد
وقد بيناه وبينا الخلاف فيه قال وللاشهاد
ان يقول اشهد على شهادتى انى اشهد
ان فلانا اقر عندى بكذا وهذا صفة
الاشهاد ولا بد منه او ما يقوم مقامه لانه
كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل ولا
بد من ان يشهد عنده كما يشهد عند القاضى
لينقله الى مجلس القضاء ويحصل ذلك بما ذكر
هنا ويقول له عند التحميل اشهد على
نفسه ان شاء وليس بلازم لان من عاين
الحق حل له ان يشهد وان لم يشهده على
نفسه ولو قال اشهد انى سمعت فلانا يقر
لفلان بكذا فاشهد انت على شهادتى بذلك

او قال

او قال اشهد ان لفلان على فلان كذا ف
فاشهد انت على شهادتى بذلك جاز لحصول
المقصود به ولا يقول اشهد على بذلك
لانه لفظ محتمل فانه يحتمل ان يكون
الاشهاد على نفس الحق المشهود به فيكون
امرا بالكذب وكذا لا يقول اشهد بشهادتى
لانه يحتمل ان يكون امرا بان يشهد بمثل
شهادته فيكون امرا له بان يشهد على اصل
الحق وهو كذب قال ويؤدى الفرع ان
يقول اشهد ان فلانا اشهدنى على شهادته
ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لى اشهد
على شهادتى بذلك وهذا صفة اداء الفرع
عند الحاكم لانه لا بد من شهادته وذكر
شهادة الاصل وذكر التحميل (اشهدنى) والجملة تحصل
بذلك وله لفظ اطول منه واقصر كلا طرفى
الامور ذميم واوسطها صميم فالاطول منه
ان يقول اشهد ان فلانا اشهدنى على
شهادته انه شهد ان فلان بن فلان
اقر عندى لفلان بكذا ففيه ثمانى شينات
او يقول اشهد ان فلانا شهد عندى بكذا
واشهدنى على شهادته بذلك وانا اشهد
على شهادته بذلك فيذكر فيه ست
شينات وما ذكره فى المتن فيه خمس شينات

والاقرب منه ان يقول اسرلي فلان ان اشهد
على شهادته ان لفلان على فلان كذا وانا اشهد
على شهادته بذلك فيذكر فيه اربع شينات
او يقول اشهد على شهادة فلان بكذا فيذكر
فيه شينين لا غير ذكره محمد في السير الكبير
وهو اختيار الفقيه ابي الليث وابي جعفر
وشمس الايمة السرخسي رحمهم الله وهو اسهل
وايسر واقصر وروى ان ابا جعفر كان
كالمنفرد فيه علما عصره فاخرج لهم الرواية
من السير فانقادوا له قال ولا شهادة
للفروع الا بموت اصله او مرضه او سفره
لان جوازها للحاجة عند عجز الاصل والعجز
يتحقق بهذه الاشيا والمراد بالمرض
ما لا يستطيع الحضور معه الى مجلس الحكم
لان ادا الشهادة فرض فلا يسقط الا
بالعجز فاذا سقط جاز له ان يحمل غيره
كيلا يتوى حقه وهذا لان تكليف ما
لا يطاق غير جايز القاضي بالحضور الى موضع
المريض شنيع ولانه يودي الى الحرج
وربما لا يتفرغ للقعود في مجلس الحكم
عند كثرة الامراض والحرج مدفوع
والسفر عذر ظاهر الا ترى انه تعلقت
به احكام جمة من قصر الصلاة والفطر

واموم

في

في الصوم واستدامة مدة المسح وسقوط
الجمعة والاضحية وحرمة خروج
المراة من غير محرم او زوج وغير ذلك
من الاحكام فكذا هذا الحكم وعن ابي
يوسف رحمه الله انه لو كان في مكان لو غدا
لادا الشهادة لا يقدر ان يبيت في منزله
جاز الاشهاد احيا لحقوق الناس والاول
احسن لان العذر يتحقق بذلك كما في
ساير الاحكام والثاني وهو ما روي عن
ابي يوسف ارفق لان احيا الحقوق واجب
ما امكن والشاهد ايضا محتسب فلا
يكلف ما فيه حرج وفي البيتوتة في غير
اهله حرج عظيم فيجوز الاشهاد على شهادته
دفعا للحرج عنه واحيا لحقوق الناس
واخذ كثير من المشايخ بهذه الرواية
وروي عن محمد رحمه الله انها تجوز كيف
ما كان حتى روي عنه انه اذا كان الاصل
في زاوية المسجد فشهد الفرع على شهادته
في زاوية اخرى من ذلك المسجد تقبل
شهادتهم وقال في النهاية ذكر
شمس الايمة السرخسي والقاضي
الامام علي السغدي في شرح ادب
القاضي للخصاف رحمه الله اذا شهد الفروع

وهو الجصاص

على شهادة الاصول والاصول في المصر
يجب ان يجوز على قولهما وعلى قول ابي
حنيفة رحمه الله لا يجوز بناء على ان التوكيل
بغير رضا الخصم لا يجوز عنده وعندهما
يجوز وجه البناء ان المدعى عليه لا يملك
انابة غيره مناب نفسه في الجواب
الا بعذر فكذا لا يملك الاصل انابة
غيره مناب نفسه في الشهادة الا بعذر
والجامع ان استحقاق الجواب على
المدعى عليه كاستحقاق الحضور على الشهود
وعندهما لما ملك المدعى عليه انابة غيره
مناب نفسه في الجواب من غير عذر
فكذا في الحضور الى مجلس الحاكم قال **فان**
عدلهم الفروع صح لان الفروع من اهل
التزكية فصح تعديلهم شهود الاصل وكذا
اذا عدل احد الشاهدين صاحبه لما ذكرنا
ولا تهمة فيه بتنفيذ شهادته لان العدل
لا يفعل ذلك ولو اتهم بمثله لاتهم في شهادته
على نفس الحق وكان ينسد باب الشهادة
وهو مفتوح وكيف يتهم به وشهادته
لم ترد شهادة صاحبه بل يقبل
بينهما اخر معه وان اتفق الرد فهي انما ترد
لعدم كمال النصاب وذلك لا يضره وقيل

لايقبل

لا يقبل تعديله لصاحبه للتهمة والاول اصح لان
العدل لا يتهم بمثله قال **وان لم يعدلوا** اي ان لم
يعدلهم الفروع عدلوا بسؤال غير الفروع
عن الاصول لان الماخوذ على الفروع النقل دون
التعديل ولانه قد يخفى عليهم فاذا نقلوا
شهادتهم يتعرف القاضي عدالتهم كما اذا
حضروا بانفسهم وشهدوا عنده وهذا
قول ابي يوسف رحمه الله وقال محمد
رحمه الله لا يقبل لانهم ينقلون الشهادة ولا
شهادة بدون العدالة فحاصله ان القاضي
ان كان يعرف الفروع والاصول بالعدالة قضى بشهادتهم
وان عرف احد الفريقين بالعدالة دون
الاخر سال عن الذين لم يعرفهم بها فان
عدل الاصول الفروع او بالعكس جاز
وقال في النهاية غير ظاهر الرواية عن
محمد انه لا يثبت عدالة الاصول بتعديل
الفروع والصحيح ظاهر الرواية ولا فرق
بين ان يقول الفروع للقاضي لا نعرف حالهم
او لا نخبرك بحالهم قال **وبطل شهادة**
الفروع ان انكر الاصل الشهادة اي الاشهاد
ومعناه اذا قال شهود الاصل لم نشهدهم
على شهادتنا فماتوا او غابوا ثم جاء الفروع
وشهدوا عند الحاكم لم تقبل شهادتهم لان

لان التعديل شرط ولم يثبت للتفاوت بين خبر
الاصول وبين خبر الفروع لان الاصول
يحتمل ان يكونوا صادقين بذلك فلا يثبت
التعديل مع الاحتمال قال رحمه الله ولو
شهدا على شهادة رجلين على فلانة بنت
فلان الفلانية بالف وقالا اخبرانا انهما
يعرفانها فجاءا بامرأة فقالا لا ندري اهي هذه
ام لا قيل للمدعي هات شاهدين انها فلانة
لان التعريف بالنسبة قد تحقق بشهادتهما
والمدعي يدعي ان تلك النسبة للحاضرة ويحتمل
ان يكون لغيرها فلابد من اثبات تلك النسبة
للحاضرة ويحتمل ان يكون لغيرها فلابد من
اثبات تلك النسبة للحاضرة ونظيره اذا شهدا
ببيع محدود بذكر حدوده من غير معرفته
بعينه وشهدوا على الخصم لابد من اخرين
يشهدان ان المحدود بتلك الحدود في يد
المدعى عليه لنفي التشابه وكذا اذا انكر
المدعى عليه ان الحدود المذكورة في الشهادة
حدود ما في يده فلابد من شاهدين اخرين
يشهدان ان الحدود المذكورة في الشهادة
حدود ما في يده قال وكذا كتاب القاضي
الى القاضي معناه ان القاضي اذا كتب الى
القاضي الاخر ان فلانا وفلانا شهدا عندي

بكذا من المال على فلانة بنت فلان الفلانية
واحضر المدعي امرأة عند القاضي المكتوب
اليه وانكرت المرأة ان تكون هي المنسوبة بتلك
النسبة فلابد من شاهدين اخرين يشهدان
انها هي المنسوبة بتلك النسبة كما في المسألة
الاولى لما ذكرنا ولا فرق بينهما الا من حيث
ان القاضي الكاتب لولايته ينفرد بنقل
الشهادة اليه وفي الشهادة على الشهادة لابد
من اثنين على كل اصل على ما بينا قال
ولو قالا فيهما التميمية لم يجز حتى ينسباها
الى فخذها اي لو قال الشاهدان في الشهادة
على الشهادة وفي كتاب القاضي الى القاضي
فلانة بنت فلان التميمية لم يجز حتى ينسباها
الى فخذ منها وهو الجد الاعلى لان التعريف شرط
فيه ولا يحصل ذلك بالنسبة الى العامة
وهي عامة ويحصل بالنسبة الى الخاصة والنسبة
الى الفخذ خاصة لان اول النسب الشعب ثم
القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن
ثم الفخذ فكان اخص من الكل ذكره في النهاية
وعزاه الى الصحاح وجعل الزمخشري نهايتها
صاحب النهاية الفصيلة اخر الكل فالشعب
يجمع القبائل والقبيلة يجمع العمائر والعمارة
يجمع البطون والبطن يجمع الافخاذ والفخذ يجمع

خزيمة شعب وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصي بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وسمي الشعب شعبا لان القبائل تتشعب منه والمقصود من النسب حصول العلم بالمنسوب وذلك يحصل بالنسب الى الخاص دون العام وبنو تميم عام فلا يحصل العلم بالنسبة اليه والفرغانية نسبة عامة وكذا السمرقندية والبخارية والمروية والاوزجندية خاصة وكذا النسبة الى السكة الصغيرة بخلاف المحلة الكبيرة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فذكر الفخذ او الفصيلة على اختلاف القولين يقوم مقام الجد قال **ومن اقر انه شهد زورا يشهر ولا يعزر** اي لا يضرب وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا يوجع ضربا ويحبس وهو قول الشافعي رحمه الله اشتغل به القضاء او لم يشتغل لانه ارتكب كبيرة وفيها ضرر على المسلمين وليس فيها حد مقدر فوجب التعزير ازالة للفساد وانما قلنا انها كبيرة لقوله عليه الصلاة والسلام ايها الناس عدلت شهادة الزور الاشراك بالله ثم تلا قوله تعالى واجتنبوا الرجس من الاوثان

واجتنبوا

٣٠٦

واجتنبوا قول الزور وساله رجل عن الكبائر فقال عليه الصلاة والسلام الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل نفس بغير حق وقول الزور واذا كانت كبيرة وجب عليه التعزير بالاجماع وانما اختلفوا في كيفية تعزيره فقط لهما ما روي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه ولابي حنيفة رضي الله تعالى عنه ان شريحا رضي الله تعالى عنه كان يشهر ولا يضرب وكان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر اجمع ما يكونون ويقول ان شريحا يقريكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وشريح رضي الله تعالى عنه وان كان تابعيا ولكنه زاحم الصحابة في الفتوى وسوغوا له في الاجتهاد ورجعوا الى قوله في المناظرة فمن كان بهذه المثابة من ائمة التابعين فحكمه حكم الصحابة حتى روي عن ابي حنيفة رضي الله تعالى انه قال نقلدهم وعد منهم فقال مثل مسروق والحسن وعلقمة وشريح ومن كان في رتبتهم من التابعين فيكون في الحقيقة على هذا

يعفر وجهه بالتراب

تقليد الصحابة رضي الله تعالى عنهم اجمعين
لتجويزهم فعلهم وقولهم لاسيما شريح
فانه كان قاضيا في زمن عمر رضي الله تعالى
عنه ومن بعده من الخلفا فيكون فعله
مشهورا بينهم فكيف لايكون وهو
بمحضر منهم فيكون تقليده تقليدا لهم
ضرورة وما روي عن عمر كان سياسة
بدليل تبليغه اربعين وهو حد العبيد
في القذف وبدليل تسخيمه وهو مثلة لم
يجز بالاجماع ولم يعملوا به لنهيه عليه
الصلاة والسلام عن المثلة ولو في الكلب
العقور ولان الضرب الشديد والتسخيم
يمنعانه من الرجوع بعد الوقوع فلا
يشرعان وذكر شمس الايمة السرخسي رحمه
الله انه يشهر عندهما ايضا وقال الامام
الحاكم ابو محمد الكاتب رحمه الله وهذه
المسالة على ثلاثة اوجه احدها ان
يرجع على سبيل التوبة والندامة فانه
لايعزر بالاجماع والثاني ان يرجع من
غير توبة وهو مصر على ما كان فانه يعزر
بالاجماع والثالث ان لايعلم رجوعه
باي سبب فانه على الاختلاف الذي
ذكرنا قوله ومن اقر انه شهد زورا ٥

وصرح

٢٠٧

وصرح بانه انما يجب التشهير والتعزير
على الاختلاف الذي ذكرنا على من اقر
على نفسه انه شهد كاذبا متعمدا واما
اذا قال غلطت او نسيت او اخطات
او ردت شهادته لتهمة او لمخالفة بين
الشهادة والدعوى او بين شهادتين
فانه لايعزر لانا لاندري من هو الكاذب
منهم المشهود له او الشاهدان او احدهما
وقد يكذب المدعي فينسب الشاهد الى
الكذب ولايمكن اثباته بالبينة لانه
من باب النفي والبينة حجة الاثبات
ولا تهمة في اقراره على نفسه فيقبل
اقراره ويجب عليه موجبه من الضمان
والتعزير وكذا اذا شهدوا بقتل شخص
او موته ثم جاء المشهود بقتله او بموته
حيا لتيقننا بكذبهم والرجال والنساء
واهل الذمة في شاهد الزور سواء
وهل تقبل شهادته بعد ذلك اذا تاب
قالوا ان كان فاسقا تقبل لان الذي
حمله على الشهادة الباطلة فسقه
فاذا تاب وظهر صلاحه تقبل لزوال
لزوال الفسق واختلفوا في مقدار مدة
التوبة فقدره بعضهم بستة اشهر ن

وبعضهم بسنة والصحيح انه مفوض
الى راي القاضي وان كان عدلا او مستورا
لا تقبل شهادته ابدا الا ان عدالته
لا نفسه وروى الفقيه ابو جعفر عن
ابي يوسف ان شهادته تقبل وبه
يفتى فتحصل لنا من جميع ما ذكرنا في
هذا الكتاب ان الشهادة ترد بسبب
التهمة وسببها انواع اما معنى في الشاهد
وهو الفسق والعمى واما معنى في المشهود
له وهو وصلة خاصة بينه وبين الشاهد
كقرابة الولاد والزوجية واما الدليل
شرعي وهو في حق المحدود في القذف
بعد التوبة لان الله تعالى جعل عجزه عن
الاتيان باربعة شهداء دليل كذبه
بقوله تعالى فان لم ياتوا بالشهداء فاولئك
عند الله هم الكاذبون والله اعلم بالصواب
واليه المرجع والمآب وهو حسبي
ونعم الوكيل وصلى الله على محمد وآله

كتاب الرجوع

عن الشهادة اعلم ان الشهادة فرض لقوله تعالى
واقيموا الشهادة لله وقوله تعالى ومن
يكتمها فانه آثم قلبه وقال عليه الصلاة
والسلام كاتم الشهادة كشاهد الزور

وشهادة

وشهادة الزور من الكبائر على ما بينا وقال
عليه الصلاة والسلام الشاهد بالزور
لا يرفع قدميه من مكانهما حتى تلعنه
ملائكة السموات والارض فيجب على كل
مسلم الاجتناب عنها واذا وقعت منه
خطأ او عمدا يجب عليه ان يتوب ن
والتوبة عنها لا تصح الا عند الحاكم ولا
يمنعه عنها الاستحياء من الناس وخوف
الاثمية لان الاستحياء من الخالق اولى من
الاستحياء من المخلوق وفيه تدارك ما اتلفه
بالزور لان رجوعه مقبول في حق نفسه
وان لم يقبل في حق المدعي وركن الرجوع ان
يقول رجعت عما شهدت به او شهدت
بزور فيما شهدت وشرطه ان يكون في
مجلس القاضي وحكمه بعد القضاء التعزير
والضمان وقبله التعزير فقط قال رحمه
ولا يصح الرجوع الا عند القاضي لانه فسخ
للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من
مجلس الحاكم اي حاكم كان كالفسخ في باب
البيع حيث يشترط لصحته ما يشترط
في البيع من قيام المبيع ورضا المتبايعين
ولان الرجوع عن الشهادة توبة عما
ارتكب من القول الزور والتوبة بحسب

الجناية على ما قال عليه الصلاة والسلام
السر بالسر والعلانية بالعلانية فاذا
كانت الجريمة بحضرة الحاكم يجب ان يكون
توبتهما كذلك فاذا كان الرجوع عند غيره
غير صحيح فلو اقام المقضي عليه بشهادتهما
بينة بانهما رجعا عند غير القاضي او طلب
يمينهما لا تقبل بينته ولا يحلفان لانه
ادعى رجوعا باطلا بخلاف ما اذا اقرا
انهما رجعا عند القاضي حيث يصح اقرارهما
وان اقرا برجوع باطل لان اقرارهما
به يجعل رجوعا منهما في الحال وبخلاف
ما اذا اقام البينة انهما رجعا عند قاض
اخر غير الذي كان قضى بالحق حيث تقبل
هناك بينته لانه ادعى رجوعا صحيحا
قال **فان رجعا قبل حكمه لم يقض بها**
لان كلامهما متناقض والقاضي لا يحكم
بالكلام المتناقض ولا ضمان عليهما
لاحد من الخصمين لانهما لم يتلفا شيئا على
احد بهذه الشهادة لان الشهادة لم تثبت
بها الحق الا بالقضا فلم يتلفا على المدعى
عليه شيئا ولا على المدعي لان عدم ثبوت
حقه لا يضاف الى رجوعهما بل هو باق
على اصله العدم على ما كان غاية الامر

ان

ان يقال لولا رجوعهما لقضى بشهادتهما
وثبت له الحق لكن ذلك لا يوجب الضمان
كما لو ابيا ان يشهدا ابتدا ولان القاضي
انما يقضي بشهادتهما اذا ثبت عدالتهما
عنده وغلب على ظنه انهما صادقان
ولا يعرف ذلك الا بعد الحكم لجواز ان
يجرحا ولان المدعي على دعواه فلعله يشهد
له غيرهما من العدول فيثبت حقه ولا
يتوى ولئن توى فهو مضاف الى عجزه
لا اليهما قال **وبعده لم يفسخ** اي اذا
رجعوا بعد ما حكم الحاكم بشهادتهم لم يفسخ
الحكم لان كلامهما متناقض فكما لا يحكم
بالمتناقض لا ينقض الحكم بالمتناقض لانهما
مستويان في الدلالة على الصدق وقد
ترجح الاول باتصال القضا به فصار نظير
ما لو شهدا ان عمرا قتله بكر بالكوفة
وشهد اخران انه قتله بمصر فانهما قبل
القضا يردان وبعده لا ينتقض لترجحه
باتصال القضا به ولانه لو نقض ذلك
الى انتقض الى ما لا يتناهى برجوعه عن
الرجوع ثم برجوعه عن هذا الرجوع الاخير
الى غير نهاية قال **وضمنا ما اتلفا
للمشهود عليه اذا قبض المدعي المال**

دينا كان او عينا لان التسبب على وجه
التعدي يوجب الضمان كحفر البير ووضع
الحجر على الطريق وقد وجد ذلك منهما
وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنان لانه
لا عبرة للتسبب مع وجود المباشرة
قلنا لا يمكن ايجاب الضمان على القاضي عند
رجوع الشهود وان كان مباشرا لانه
كالملجأ من جهتهما الى القضاء واجب عليه
بعد ظهور عدالتهما حتى لو امتنع يأثم
ويستحق العزل ويعزر ولو اوجبنا
عليه الضمان لامتنع الناس عن تقلد
القضاء مخافة الغرامة ولا يمكن استيفاؤه
من المدعي لان الحكم قد مضى فتعين صاحب
السبب عند تعذر اضافة الحكم الى
صاحب العلة كوضع الحجر على الطريق
ومن العجب ان الشافعي رضي الله تعالى عنه
يوجب القصاص على الشهود والقصاص اذا
رجعوا بعد ما قتله الولي وهو يسقط
بالشبهة وادرؤا الدماء اعظم ثم لا يوجب
عليهم المال وهو يثبت مع الشبهة ويقول
ان القاضي ملجأ ولا يقول ذلك في المال
وهذا تناقض ظاهر ولا يقال انتم ايضا
تناقض قولكم فانكم اوجبتم على الشاهد

المال اذا رجع ولم توجبوا عليه القصاص
وكل واحد منهما جزاء الجناية لانا نقول
القصاص نهاية العقوبة فلا يجب الا بنهاية
الجناية والتسبب فيه قصور ولهذا
لا يعتبر مع المباشر الا اذا تعذر
اعتبار المباشر فكانت فيه شبهة
والقصاص يسقط بالشبهة دون ضمان
المال الا ترى ان القصاص لا يجب في
الخطأ والمال يجب والخطأ اقوى من التسبب
لوجود المباشرة فيه ولهذا يوجب حرمان
الارث بخلاف التسبيب فالاولى ان يسقط
به القصاص وقوله اذا قبض المدعي
المال دينا كان او عينا وهذا اختيار
شمس الائمة السرخسي رحمه الله لان الاتلاف
يتحقق بقبض المدعي ماله ولا فرق في
ذلك بين العين والدين وقال شيخ الاسلام
ان كان المشهود به دينا فكذلك وان كان
عينا يجب على الشهود الضمان وان لم يقبض
المشهود له لان الضمان يتقيد بالمماثلة
في العين زال ملك المشهود عليه عنها بالقضاء
الا ترى ان المقضي عليه لا يجوز له ان يتصرف
فيها وجاز للمقضي له ذلك وفي الدين لا يزول
ملكه عنه حتى يقبضه فلو رجع اليه قبله

لم يتحقق المماثلة اذ لا مماثلة بين اخذ
العين وايجاب الدين وفي العين يتحقق
وكذلك في العقار يضمنه قبل التسليم
عندهم لان العقار يضمن بالاتلاف
بشهادة الزور بخلاف الغصب عند ابي
حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله
لعدم تحققه فيه وهذا الاتلاف يتحقق
فيه لانه اتلاف بالكلام فصار كالوديعة
فانه لو اودع العقار عند شخص فاقر
به المودع لغيره فانه يضمن للمودع لتحقق
الاتلاف فيه بهذا الطريق وان لم يتحقق
بطريق الغصب وان شهدا عليه بانه
ابراه من الدين او حلله او نقد ثمنه عليه
او وهبه اياه ثم رجعا ضمنا المال
المشهود به لان الدين يصير مالا في العاقبة
بالتسليم فيتحقق الاتلاف فيه بخلاف ما اذا
شهدا بالعفو عن القصاص ثم رجعا حيث
لا يضمنان لان القصاص ليس بمال لان المال
غير الادمي قال فان رجع احدهما ضمن
النصف والعبرة لمن بقي لا لمن رجع وهذا
هو الاصل في باب الرجوع عن الشهادة
ولولا ذلك لوجب الضمان مع بقاء من يقوم
بكل الحق بان بقي النصاب وفي هذه المسالة

بقي

بقي من يقوم بنصف الحق فيجب ضمان
النصف ولا يقال لا يجوز ان يثبت الحكم
ببعض العلة فوجب ان لا يبقى به ايضا لانا
نقول يجوز ان يبقى الحكم ببعض العلة
وان لم يثبت به ابتدا كالحول المنعقد
على النصاب يبقى ببقاء بعض النصاب
وان لم ينعقد به ابتدا قال فان شهد
ثلاثة ورجع واحد لم يضمن لانه بقي من
يبقى بشهادته كل الحق لان شهادة
شاهدين يكفي لثبوت الحق في غير الزنا
والكلام فيه وقد بقيت فصار الحق مستحقا
بها والاستحقاق يمنع وجوب الحق
كمن اتلف مال انسان ثم استحق المتلف
ببينة لا يضمن للاول شيئا فكذا هذا
قال وان رجع اخر ضمنا النصف لانه
بقي منهم واحد يبقى ببقائه نصف الحق
ولا يقال ينبغي ان لا يضمن الراجع الاول
لان التلف كان مضافا الى الباقين وهذا لم
يضمن شيئا برجوعه لانا نقول التلف
مضاف الى المجموع الا انه عند رجوع الاول
لم يظهر اثره لمانع وهو بقاء النصاب
فلما رجع اخر ظهر اثره اذ لم يبق الا من
يقوم بنصف الحق فيغرمان النصف اذ

ليس احدهما باولى من الاخر وهذا لما يلزم
جميعهم الضمان اذا رجعوا وهم ثلاثة
وليس لواحد منهم ان يقول لا يلزمني الضمان
لاني لو رجعت وحدي لما وجب علي فلا يجب
علي الضمان برجوع غيري قال وان شهد
رجل وامراتان فرجعت امراة ضمنت ا
الربع لبقاء ثلاثة الارباع ببقاء رجل وامراة
اذ الرجل وحده بالنصف قال وان رجعتا
ضمنتا النصف لانه ببقاء الرجل بقي نصف
الحق وعلى هذا لو شهد رجلان وامراتان
فرجع رجل وامراة فعليهما الربع اثلاثا
وان رجع رجلان فعليهما النصف وان رجعت
امراتان فلاشئ عليهما وهو ظاهر قال
وان شهد رجل وعشر نسوة فرجعت ثمان
لم يضمن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق
وهو الرجل والمراتان قال فان رجعت اخرى
ضمن ربعه لانه يبقى الرجل والمراة بقي ثلاثة
ارباع الحق النصف بالرجل والربع بالمراة
قال فان رجعوا فالغرم بالاسداس
يعني سدسه على الرجل وخمسة اسداسه
على النسوة وهذا عند ابي حنيفة رحمه
الله وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة
النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل

واحد ولهذا لا يقبل شهادتهن الا بانضمام
رجل فعلم بهذا ان الحجة لا تتم بهن ما لم
يشهد معهن رجل فكان الثابت بشهادته
نصف الحق وبشهادتهن النصف
وهذا لان الرجل متعين في هذه الشهادة
للقيام بنصف الحجة فلا تتم الحجة الا
بوجوده فلا يتغير هذا الحكم بكثرة النسا
فاذا ثبت نصف الحق بشهادته والنصف
وهذا لان الرجل متعين في هذه الشهادة
للقيام بنصف الحجة منى ذلك عند
الرجوع والنصف الاخر ثبت بشهادتهن
فعليهن ضمانه عند الرجوع ولابي حنيفة
رحمه الله ان كل امراتين يقومان مقام رجل
واحد قال عليه الصلاة والسلام في
نقصان عقلهن عدلت شهادة كل اثنتين
شهادة رجل واحد فصار كما اذا شهد بذلك
ستة رجال ثم رجعوا فيكون الضمان
عليهم اسداسا وعدم الاعتداد بكثرتهن
عند انفرادهن لا يلزم منه عدم الاعتداد
بكثرتهن عند الاجتماع مع الرجال الا ترى
ان كل اثنتين منهن في الميراث يقومان
مقام ابن واحد وعند انفرادهن لهن الثلثان
فلا يزداد نصيبهن بكثرتهن وان اختلطن

باب من يزيد فيعتد فكذا هنا وان رجع
النسوة العشر دون الرجل كان عليهن
نصف الحق بالاتفاق لانه بقي من يبقى
به نصف الحق وهو الرجل وكذا اذا رجع
الرجل وحده عليه نصف الحق لبقاء
من يقوم بالنصف وقال في المحيط ان
رجع الرجل وثمان نسوة فعلى الرجل
نصف الحق ولا شي على النسوة لانهن
وان كثرن يقمن مقام رجل واحد وقد
بقي من النسا من يثبت بشهادتهن نصف
الحق فيجعل الراجعات كانهن لم يشهدن
وهذا سهو بل يجب ان يكون النصف
اخماسا عنده وعندهما انصافا وذكر
الاسبيجابي انه لو رجع رجل وامراة
كان النصف بينهما اثلاثا ولو كان كما
قال لما وجب على المراة شي وان شهد
رجلان وامراة ثم رجعوا فالضمان عليهما
دون المراة لان الواحدة ليست بشاهد
بل هي بعض الشاهد فلا يضاف الحكم اليه
بخلاف ما اذا شهد رجلان وامراتان
ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجعوا
فعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة
النصف وعنده عليه الخمسان وعليهن

قوله سهو لا سهو فيه

قوله وعندهما انصافا غلط

ثلاثة

ثلاثة الاخماس على الاصل الذي تقدم
ولو رجع الرجل وامراة فعليه النصف
كله عندهما ولا يجب على المراة شي وعنده
عليه وعلى الراجعة اثلاثا على ما تقدم
قال وان شهد رجلان عليه او عليها
بنكاح بقدر مهر مثلها ورجعا لم يضمنا
سواء كانت هي المدعية او هو مراده هذا
بقوله عليه او عليها لان الشهود اتلفا
عليها البضع بعوض متقوم واما في حق
الزوج فغير مستقيم لان البضع غير متقوم
واتلفا عليه المال المتقوم بمقابلته
فوجب ان يضمنا له مطلقا قلنا البضع
متقوم حال دخوله في الملك والكلام فيه
قال وان زاد عليه ضمنا ها اي ان زادا
على مهر المثل ضمنا الزيادة هذا اذا كانت
هي المدعية للنكاح وهو منكر لانهما اتلفا على
الزوج قدر الزيادة بلا عوض ولم يذكر
الحكم فيما اذا شهدا عليها بالنكاح باقل
من مهر المثل وحكمه انهما لا يضمنان لها شيئا
لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف
فلا تضمن بالمتقوم اذ التضمين يستدعي
المماثلة والمماثلة ويتقوم بالتملك ضرورة
ابانة خطر المحل فصار الاصل ان الشهود

عليه اتلفا عليه شيئا بعوض يقابله
والاتلاف بعوض كلا اتلاف فان قيل
هذا يستقيم في حقها لانها صح

به اذا لم يكن مالا كالقصاص والنكاح
لا يضمن الشهود عندنا خلافا للشافعي
رحمه الله تعالى فان كان الاتلاف بعوض يعادله
فلا ضمان عليهم لما ذكرنا وان كان بعوض
لا يعادله لا يضمن بقدر العوض ويضمن
الزيادة لخلوها عن العوض وتخرج المسايل
على هذا ولو شهدا عليها بقبض مهرها او بعضه
فقضى بشهادتهما القاضي ثم رجعا ضمنا
لها لانهما اتلفا عليها مالا وهو المهر قليلا
او كثيرا دون البضع ولو شهدا عليها
انه تزوجها على الف ومهر مثلها خمسمائة
وانها قبضت الالف وهي تنكر فقضى بشهادتهما
~~ثم رجعا ضمنا لها لانهما اتلفا عليها مالا وهو~~
~~المهر قليلا كان او كثيرا دون البضع ولو~~
~~شهدا عليها انه تزوجها على الف ومهر~~
~~مثلها خمسمائة وانها قبضت الالف وهي~~
~~تنكر فقضى بشهادتهما ثم رجعا ضمنا~~
لها مهر المثل لا المسمى لان حق الاستيفا
لم يثبت لها فيه اذ لم يتقرر بوجوبه
لان القضا بالنكاح مع قبض المهر قضا
بازالة ملكها عن المعقود عليه لا قضا
بالمسمى لانه اذا كان مقبوضا لا يحتاج الى
القضا به فلم تقع الشهادة بالقبض

وان كان مالا صح

اتلافا

اتلافا للمسمى لعدم وجوبه اصلا بل وقعت
اتلافا للبضع فيضمنان قيمته هكذا ذكره
في التحرير وهو وارد على ما ذكرنا من قبل
من المذهب من حيث انه اوجب على الشهود
قيمة البضع مع عدم وجوبه بالقضا ومقتضى
المذهب ان لا يجب شي على ما بينا وهو ان
منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف
وانما يتقوم على الزوج عند تملكه اياه
ولو شهدا بالنكاح على الف ولم يشهدا
بالقبض ثم رجعا عن الشهادتين ضمنا
للمراة الفا لانهما لما شهدا بالنكاح بالف
ثبت لها حق الاستيفا لان الالف قد
تقرر عليه بالقضا بالنكاح ثم بشهادتهما
اتلفا عليها ذلك فيضمنان جميعه ولو
ادعى على امراة انه تزوجها على مائة
وقالت تزوجني على الف وذلك مهر مثلها
فاقام الزوج شاهدين بما ادعى وقضى
له بذلك وقد دخل بها ثم رجعا ضمنا
لها تسعمائة في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما
الله تعالى ولم يضمنا شيئا في قول ابي يوسف
رحمه الله وهو مبني على مسالة النكاح في
اختلاف الزوجين في المهر فعندهما القول
قولها الى مهر مثلها ولولا شهادتهما لقضى لها

بالقبض ثم قضى به ثم شهدا صح

عليه بالف فاتلفا عليهما من ذلك بخمسمائة
فيضمنانه وعنده القول قوله فلم يتلفا عليها
شيئا وبهذا يتبين ان المراد بقوله الا ان يأتي بشيء
مستنكر ما لا يصلح ان يكون مهرا (اي ابو يوسف) في الشرع وهو
ما دون عشرة دراهم وان اتلفا منفعة بان
شهدا انه اكرى دابته بمائة واجر مثلها
مائتان فركبها ثم رجعا لم يضمنا ان كان
المدعي هو المستاجر والمنكر صاحب الدابة
لانهما اتلفا على صاحب الدابة مجرد المنفعة
من غير عقد ولا شبهة عقد وذلك لا يوجب
الضمان لما عرف وان كان المدعي صاحب
الدابة والاجر منكر ضمنا له ما زاد على اجر
المثل لانهما اتلفا عليه ذلك القدر
بلا عوض وقدر اجر المثل بعوض فلم
يضمناه قال ولم يضمنا في البيع الا ما
نقص يعني اذا شهدا على البائع بانه باع من قيمة المبيع
ثم رجعا عن الشهادة لم يضمنا له اذا كان
البيع بمثل القيمة او اكثر لانهما اتلفا عليه
المبيع بعوض يعدله او يفوقه والاتلاف
بعوض كلا اتلاف وان شهدا عليه بانه باع
باقل من القيمة ضمنا النقصان لان ذلك
القدر اتلفاه عليه بلا عوض ولا فرق في ذلك
بين ان يكون البيع بخيار الشرط للبائع

او

او كان باتا لان السبب هو البيع السابق
فيضاف الحكم اليه عند سقوط الخيار
بمضي المدة فيكون التلف مضافا اليهما فان
قيل البيع بشرط الخيار للبائع لا يزيل
ملك البائع عن المبيع وقد كان متمكنا من
دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة
فاذا لم يفعل فقد رضي بالبيع فقد وجب
ان لا يضمنا له شيئا قلنا السبب الموجب
لزوال الملك هو البيع المشهود به وان
تاخر حكمه وهو زوال الملك ولهذا يستحق
المشتري المبيع بزوائده عند النفاذ
فكان الاتلاف حاصلا بشهادتهما
فيضمنان وهذا لان البائع كان منكرا
للبيع فلا يمكنه ان يتصرف بحكم الخيار
لانه يصير كالمقر بالبيع فيثبت تناقض كلامه
عند الناس فيكون كاذبا عندهم فيتوقاه
حذرا من ذلك حتى اذا اجازه باختياره
ليس له ان يرجع على الشهود لانه اتلفه
بمباشرته ولا يضاف الحكم الى السبب
مع وجود المباشر هذا اذا شهدا بالبيع
ولم يشهدا بنقد الثمن وان شهدا بنقد
الثمن مع انهما شهدا بالبيع ينظر ان شهدا
بالبيع بالف مثلا تقضي به القاضي ثم شهدا

عليه بعد القضاء بقبض الثمن فقضى به ثم
رجعا لم يضمنا شيئا وحتى يضمنا الثمن لان الثمن
تقرر في ذمة المشتري بالقضاء ثم ابطلاه
عليه بشهادتهما بالقبض فيضمنانه
وان كان الثمن اقل من قيمة المبيع يضمنان
الزيادة ايضا مع ذلك لانهما اتلفا عليه
هذا القدر بشهادتهما الاولى وان شهدا
عليه بالبيع وقبض الثمن جملة واحدة
فقضى به ثم رجعا عن شهادتهما يجب عليهما
القيمة فقط لان القاضي يقضي بالبيع لا بوجوب
الثمن لان القضاء بالثمن يقارنه ما يوجب
سقوطه وهو القضاء بالقبض والقضاء
بالشيء اذا اقترن به ما يوجب بطلانه
لا يقضى به ولهذا قلنا لو شهد شاهدان
بالبيع والاقالة دفعة واحدة ان القاضي
لا يشتغل بالقضاء بالبيع لاقتران ما يوجب
انفساخه وهو القضاء بالاقالة فكذا هنا
ولو شهدا على رجل بالشرا فقضى به ثم
رجعا فان كان بمثل قيمته او اقل لم يضمنا
للمشتري شيئا لان الاتلاف بعوض لا يكون
اتلافا في المعنى على ما بينا وان كان باكثر
من قيمته ضمنا ما زاد على قيمته للمشتري
لانهما اتلفا عليه الزائد بغير عوض

فيضمنانه

٢١٦

فيضمنانه له وكذا اذا شهدا عليه بالشرا بشرط
الخيار للمشتري وجاز البيع بمضي المدة وان
جاز باجازته لا يضمنان على ما بينا في حق البائع
قال وفي الطلاق قبل الوطي ضمنا نصف
المهر يعني اذا شهدا بانه طلق امراته قبل
الدخول بها ثم رجعا ضمنا للزوج نصف
المهر لانهما اكدا عليه ما كان على شرف
السقوط لاحتمال ارتدادها وتقبيلها ابن
زوجها ثابت فيحتمل ان يوجد ذلك منها فيسقط
المهر به وللتاكيد حكم الايجاب فصار كانهما
اوجبا عليه الا ترى ان المحرم اذا اخذ
صيدا فقتله آخر في يده يلزم الآخذ
الجزاء ثم يرجع به على القاتل لانه قرر
عليه ما كان على شرف الزوال بالتسبيب
وللتقرير حكم الايجاب ولان الفرقة قبل الدخول
في معنى الفسخ فلا توجب شيئا اذ الفسخ من
جهته وانما باضافة الفرقة اليه الزم نصف
المهر فيضمنان له ذلك وينتقض هذا
بمسالتين ذكرهما في البحر احدهما امراة
لها على رجل الف درهم مؤجل فشهد
شاهدان انه حال فاخذته منه ثم
ارتدت والعياذ بالله ولحقت بدار الحرب
وسبيت ثم رجع الشهود عن شهادتهم لا يضمنون

وهذا الدين كان على شرف السقوط
لانه لو كان مؤجلا على حاله لسقط
بارتدادهما والثانية لو ان رجلا قتل
امراة قبل ان يدخل بها زوجها حتى
لزمه جميع المهر لا يرجع على القاتل وان
وجد التاكيد منه اذ لو لا قتله لكان
احتمال السقوط ثابتا ولكن نقول القتل
منه للنكاح والشيء بانتهائه يتقرر والدين
المؤجل ثابت في الحال وانما تاخرت المطالبة
وبهذا الموت من عليه الدين حل ولم يؤكدا
بشهادتهما شيئا اذ تحصيل الحاصل محال
او نقول لا نسلم بان دينها يسقط بل
يكون لورثتها وتقضى به ديونها فلا يسقط
فبطل السؤال من الاصل والابن اذا اكره
امراة ابيه فزنا بها يلزم الاب نصف المهر
ثم يرجع على الابن لان الابن باكراهه اياها
الزم اباه نصف المهر فصار نظير الشهود
ولو رجع الشهود بعد موت الزوج
غرموا للورثة لانهم قائمون مقامه
ولم يرث لوقوع الفرقة بالعتاق قبل
موته ولو شهدا بعد موت الزوج
انه طلقها في حياته قبل الدخول بها ثم
رجعا لم يضمنا للورثة لان الشهادة

على الزفا صح

وقعت

وقعت لهم وضمنا للمراة نصف الصداق
والميراث لان المهر كان مؤكدا ظاهرا
بالموت بحيث لا يسقط بشيء وكذا
الميراث كان واجبا لها بموته فهما بهذه
الشهادة ابطلا عليها نصفا مؤكدا من
المهر وارثا ثابتا بالظاهر فيضمنان
لها ذلك ذكره في الكافي قال ولم يضمنا
لو بعد الوطء يعني لو شهدا انه طلقها بعد
ما دخل بها فقضى بشهادتهما ثم رجعا عن
الشهادة لم يضمنا لان المهر تاكد
بالدخول لا بشهادتهما وقال الشافعي
رحمه الله تعالى يضمنان للزوج نصف
المهر لان البضع متقوم الا ترى انه
متقوم حال الدخول حتى لا يتصور ان
يتملك بلا عوض فكذا عند خروجه
عن ملكه لانه انما يخرج عن ملكه
عين ما دخل في ملكه فمن ضرورة
تقومه في احدى الحالتين التقوم في
الحالة الاخرى كالملك اليمين ولنا ان
ملك الزوج ضروري فلا يظهر الا في حق
استيفاء منافع البضع الا ترى انه ليس
له ان يضمن المتلف بالوطء شيئا حتى لو وطئت
بشبهة كان المهر لها ولو كان ملكه

مستقوما لكان له ولكان له ان يزوجها
من انسان كملك اليمين ولان الضمان
من شرطه المماثلة ولا مماثلة بين البضع
والمال لا صورة ولا معنى فلا يكون مضمون
واما عند دخوله في ملك الزوج فالمتقوم
هو المملوك دون الملك الوارد عليه
وتقومه لاظهار خطر ذلك المحل حتى
يكون مصونا عن الابتذال ولا يملك
مجانا فان ما يملك مجانا لا يعظم خطره
عند اصابته وذلك محل له خطر مثل
النفوس لان النسل يحصل به وهذا المعنى
لا يحصل في طرف الازالة فانها لا تملك على
الزوج شيا لكن يسقط عنها ملك الزوج
الا ترى ان ما هو مشروط للمعنى الخطر
عند التملك كالشهود والولي لا يشترط
شي منه عند الازالة ولكونه غير متقوم
حالة الخروج دون الدخول ليس له ان
يخلع ابنته الصغيرة على مالها من زوجها
وله ان يزوج ابنه الصغير على ماله
بخلاف ملك اليمين فانه ملك مال
والمال مثل المال فعند الاتلاف يضمن
بالمال قال **وفي العتق ضمنا القيمة**
اي اذا شهدا باعتاق عبد فحكم الحاكم بعتقه

ثم

ثم رجعا عن الشهادة ضمنا قيمة العبد
لسيده لانهما اتلفا عليه مالية العبد
من غير عوض والولا للذي شهدا عليه
بالعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا
الضمان فلا يتحول الولا ولا يمنع وجوب
الضمان عليهما ثبوت الولا للمولى لان
الولا ليس بمال متقوم بل هو كالنسب
بقوله عليه الصلاة والسلام الولا لحمة
كلحمة النسب فلا يكون الضمان بدلا عنه
بل عما اتلفا عليه من ملك المال وهذا
الضمان لا يختلف بين ان يكونا موسرين
او معسرين لانه ضمان اتلاف المال
بخلاف ضمان الاعتاق لانه لم يتلف
الا ملكه ولكنه مع ذلك لم يترسه فساد
ملك صاحبه فاوجب الشارع عليه
المواساة صلة والصلاة تجب على الموسر
دون المعسر كالزكاة ونفقة الاقارب
ولو شهدا عليه بانه دبره فقضى القاضي
بذلك ثم رجعا ضمنا ما نقصه التدبير
لانهما اوجبا للعبد حق العتق وبذلك
ينتقص ماليته فاذا مات المولى عتق
ان خرج من الثلث ويضمنان للورثة
بقية قيمته ولو لم يكن له مال سواه

عتق ثلثه وسعى في ثلثيه ويضمنان للورثة
ثلث قيمته وان كان العبد معسرا يضمنان
جميع قيمته مدبرا ويرجعان به عليه
اذا ايسر ولو شهدا انه كاتب عبده
فقضي بالكتابة ثم رجعا ضمنا قيمته كلها
لانهما حالا بينه وبين عبده فصارا كالغاصب
له بخلاف التدبير ثم الشاهدان يتبعان
المكاتب بالكتابة على نجومها لانهما قاما
مقام المولى في ذلك حين ضمنا قيمته
وكان من قضية الضمان ان يملكاه
كيلا يجتمع البدلان في ملك شخص لكن
المكاتب لا يقبل النقل من ملك الى ملك ولا
يعتق المكاتب حتى يؤدي ما عليه كما كان
قبل رجوعهما فاذا ادى عتق والولاء للمولى
لانه هو المكاتب له وانما الشاهدان
قاما مقامه في اخذ بدل الكتابة منه
لا غير فاداؤه اليهما كادائه الى المولى
ويطيب لهما ما اخذا من المكاتب ان كان
بدل الكتابة مثل قيمته او اقل وان كان
اكثر يتصدقا بالفضل وان عجز ورد في
الرق كان لمولاه لان رقبته لم تكن ملكا
للشاهدين لما ذكرنا ويرد المولى ما اخذ
من الشاهدين لان الحيلولة قد بطلت

يعجز

هذه الضمان ضمان الحيلولة

٣١٩

بعجز المكاتب وصار نظير ما اذا غصب المدبر
فابق عنده فضمنه المولى قيمته ثم
جاء من الاباق فانه يجب على المولى ان
يرد على الغاصب ما اخذه منه فكذا هذا
ولو اختار المولى ان يتبع المكاتب لا يضمن
الشهود كان له ذلك ولو شهدا انه اقر
ان امته ولدت منه والمولى ينكر فقضى
القاضي بذلك ثم رجعا فهذا على وجهين
اما ان يكون معها ولد او لم يكن وكل وجه
على وجهين اما ان يكون الرجوع عنها حال
حياة المولى او بعد وفاته فان لم يكن
معها ولد وكان الرجوع حال حياة المولى
فانهما يضمنان للمولى نقصان قيمتها فاذا
مات المولى عتقت فيضمنان للورثة
باقي قيمتها لانه لولا شهادتهما لورثها
الورثة ففوتا عليهم هذا القدر
وان رجعا بعد موت المولى ضمنا جميع
قيمتها للورثة لاتلافهما ذلك عليهم
وان كان معها ولد ورجعا حال حياة
المولى ضمنا نقصان قيمتها له لما ذكرنا وضمنا
جميع قيمة الولد لانه لولا شهادتهما كان
عبدا له ففوتا عليه ذلك فاذا مات
المولى بعد ذلك ان لم يكن مع الولد شريك

في الميراث لا يضمنان له شيئا ويرجعان
على الولد بما قبض الاب منهما لان من
زعم الولد ان رجوعهما باطل وقبض
الاب الضمان كان بغير حق فكان
مضمونا عليه فيؤدى من تركته ان كان
له تركة والا فلا شئ على الابن لان من اقر
على مورثه بدين وليس له تركة لا يجب
عليه شئ وان كان معه شريك فان
الشاهدين يضمنان لنصيبه شريكه
من قيمة الولد ومن باقي قيمة الام ويرجعان
على الولد بما قبض الاب منهما لما ذكرنا ان
ترك مالا ولا يرجعان بما اخذه منهما شريكه
لانه في زعمه ظلمهما فلا يظلمهما وكذا في
زعمهما فلا يظلمانه ولا يضمنان لشريكه
ما اخذه الولد بالارث وان رجعا بعد وفاة
المولى فان لم يكن للولد شريك فلا ضمان
عليهما لانه هو الوارث وحده وهو يكذبهما
في الرجوع وان كان له شريك في الميراث
يضمنان له حصته من قيمة الولد ومن
~~جميع قيمة الولد~~ ومن جميع قيمة الام
ولا يضمنان له ما ورثه الولد ولا يرجعان
على الولد هنا بما اخذه منهما شريكه
لان هذا ظلم شريكه لا ظلم ابيه فلم

يكن

يكن ذلك دينا على الميت حتى يتقدم على الارث
وانما يجب عليهما ان يضمنا جميع قيمتها
هنا لانهما اتلفاها عليهم ولم يضمنا من قيمتها
شيئا للمولى بخلاف المسألة الاولى هذا
كله فيما اذا كانت الشهادة حال حياة
المولى وان شهدا بعد وفاته والمسألة
بحالها فقضى بشهادتهما القاضي ثم رجعا
فان لم يكن معها ولد ضمنا جميع قيمتها للورثة
لما ذكرنا وان كان معها ولد ضمنا قيمتها وقيمة
الولد كلها وما اخذه الولد بالارث بخلاف
ما اذا كانت الشهادة في حال حياة المولى
حيث لا يضمنان ما اخذه من التركة
والفرق بينهما ان الشهادة في حال الحياة
لا تكون شهادة بالمال والميراث لانه
يجوز ان يموت الابن اولا فيرثه الاب
فلا تكون شهادتهما اتلافا للمال فلا
يضمنان واما بعد الموت فشهادتهما وقعت
على المال فتكون اتلافا له فيضمنان ذلك
كله حتى الولد بنفسه لانه لولا شهادتهما
كان عبدا لهم فالك وفي القصاص الدية
ولم يقتصا اي فيما اذا شهدا بوجوب القصاص
على شخص بان شهدا انه قتل فلانا عمدا فقضى
القاضي به فقتل ثم رجعا يجب عليهما

الدية ولا يبتنص منهما وقال الشافعي
رحمه الله يقتص منهما لانهما تسببا لقتله
فكانا كالمكره بل اولى لان الولي يعان
والمكره يمنع فكانت الشهادة افضى الى
القتل واولى بوجوب القصاص عليهما
ولنا انهما تسببا لقتله وليسا بملجئين اذ الولي
بالخيار ان شا قتل وان شا عفى بل جانب
العفو مترجح والتسبب لا يوجب القصاص كحفر
البير ولان القصاص نهاية العقوبة فلا
يجب الا بنهاية الجناية وهو القتل مباشرة
عمدا بالة صالحة له ولم يوجد ذلك هنا لان
الشهادة ليست بقتل حقيقة وانما تصير قتلا
بواسطة ليست في يد الشاهد وهو حكم الحاكم
واختيار الولي قتل المشهود عليه والفعل
الاختياري من المباشر يقطع النسبة الى المتسبب
كما لا نسبة للسارق وفتح باب القفص وحل قيد
العبد فلم يوجد منه القتل حقيقة لعدم
المباشرة ولا حكما لعدم الالجا لان الملجا هو
الذي يخاف العقوبة الدنيوية على نفسه
فيوثر نفسه بالطبع فيكون كمسلوب الاختيار
ولم يوجد ذلك في حق الولي ولا في حق القاضي
لان القاضي انما يخاف العقوبة الدنيوية
على نفسه فيوثر نفسه بالطبع فيكون كمسلوب

الا

٣٢١

الاختيار ولم يوجد ذلك في حق الولي ولا في
حق القاضي لان القاضي انما يخاف العقوبة
في الاخرة ولا يصير به ملجا لان كل واحد
يغتنم الطاعة خوفا من العقوبة في الاخرة
ولا يصير بذلك مقهورا والولي يباشر القتل
باختياره وليس عليه حرج في العفو بل هو مندوب
اليه فكيف يتاتى الاكراه في حقه بخلاف المكره
فان المكره يوثر حياته فيقدم على القتل
فينسب الفعل الى المكره والمكره كالالة له
ولان اقل احواله ان يكون شبهة والقصاص
يسقط بها دون الدية لان المال يجب مع
الشبهة وان رجع الولي معهما او جا المشهود
بقتله حيا فالولي بالخيار ان شا ضمن الولي
الدية وان شا ضمن الشاهدين لان الولي
متلف له حقيقة والشاهدان لان الولي متلفان
له حكما والاتلاف الحكمي مثل الحقيقي في حكم
الضمان وايهما ضمن لا يرجع على صاحبه
عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا عندهما ان
ضمن الولي وان ضمن الشاهدين فلهما ان
يرجعا على الولي لانهما عاملان له في الشهادة
فيرجعان عليه بما لحقهما بها كما لو شهد اله
بقتل الخطا فقضى له بها واخذ الدية ثم
رجعوا جميعا وهذا لانهما لما ضمنا قاما

مقام الولي وان لم يملكا القصاص فيرجعان
عليه كغاصب المدبر اذا غصب منه آخر
فهلك عند الثاني واختار المولى تضمين الغاصب
الاول فضمنه فللغاصب ان يضمن الغاصب
منه لانه لما ضمن قام مقام المولى وان لم
يملك المدبر وهذا لان القصاص مما يملك
في الجملة حتى ملكه الولي وورثته اذا مات
من له القصاص وله بدل متقوم محتمل
للتملك فيكون السبب معتبرا على ان يجعل
في بدله عند تعذر اعماله في الاصل كاليمين
على مس السماء ينعقد في ايجاب الكفارة الذي
هو خلف عن البر لما كان الاصل هو البر وهو
متصور الوجود عقلا وكذا شهود الكتابة
اذا رجعوا وضمنوا للمولى القيمة كان لهم
ان يرجعوا بها على المكاتب وان لم يملكوا
منه شيئا ولابي حنيفة رحمه الله ان الشهود
ضمنوا لاتلافهم المشهود عليه حكما والمتلف
لا يرجع بما ضمن بسببه على غيره كالولي
وهذا لانهم لو لم يكونوا متلفين لما ضمنوا
مع المباشر اذ لا يعتبر مجرد التسبب مع
المباشر الا ترى ان الحافر لا يعتبر مع الدافع
فثبت بهذا انهم جناة ومن ضمن بجنايته
لا يرجع على غيره واما في الخطأ فانما يرجعان

عليه لانهما لما ضمنا ملكا الدية وقد اتلفه
القاتل بصرفه الى حاجته فيرجعان عليه
وانما ينعقد السبب موجبا للحكم على ان
يجعل في بدله ان لو كان السبب مما يتصور
وجود حكمه ولا يتصور وجود الملك في القصاص
بالضمان بحال فلا ينعقد في حق خلفه
كاليمين الغموس ولو كان القصاص مملوكا
للانسان حقيقة لم يضمنه المتلف عليه
بان قتله شخص او شهد عليه شهود
بالعفو ثم رجعوا لا يضمن القاتل ولا
الشهود شيئا لولي القتيل وانعقاد السبب
لا يكون اقوى من وجود الملك حقيقة
وبهذا فارق مسألة غصب المدبر والمكاتب
فانه فيه لو كان مالكا حقيقة لكان يضمنه
المتلف عليه فكذا اذا جعل كالمالك حكما
باعتبار انعقاد السبب له فيكون له ان
يرجع بالمبدل لذلك قال وان رجع
شهود الفرع ضمنوا لان التلف مضاف
الى شهادتهم لصدورها منهم في مجلس
الحكم قال لا شهود الاصل لم نشهد
الفروع على شهادتنا او اشهدناهم وغلطنا
اي لا يضمن شهود الاصل بقولهم لم نشهد
شهود الفروع او بقولهم اشهدناهم

وغلطنا لان القضاء وقع بشهادة الفروع
اذ القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي
شهادة الفروع وهذا لانهم بقولهم لم
نشهدهم انكروا السبب اصلا وهو الاشهاد
وهو خبر يحتمل الصدق والكذب فلا يبطل
القضاء به ولا يلتفت الى كلامهم بعد القضا
بخلاف ما اذا قالوا ذلك قبل القضاء حيث
لا يقضى به لانكارهم التحميل وهو شرط فيها
وقال محمد رحمه الله يضمن شهود الاصل
فيما اذا قالوا اشهدناهم وغلطنا لان
الفروع قاموا مقام الاصول في نقل
شهادتهم الى مجلس القاضي فيحصل القضا
بشهادة الاصول فلهذا تعتبر عدالتهم
فصاروا كانهم حضروا بانفسهم مجلس
القاضي والشهادة في غير مجلسه لا يكون
سببا لاتلاف شي فلا يلزمهما الضمان وهذا
لان الشهادة مختصة بمجلس القاضي ولهذا اختص
الرجوع به بناء عليه للتناسب ولا نقول
ان الفروع نائبون منابهم في نقل شهادتهم
الى مجلس القاضي فانهم بعد الاشهاد لو
منعوهم عن ادا الشهادة كان عليهم الادا
اذا دعاهم المدعي اليه ولو كانوا نائبين
عن الاصول لما كان لهم ذلك بعد المنع

ولكنهم

فشهدوا ثم رجعوا بخلاف ما اذا قالوا لم نشهدهم على شهادتنا حيث لم يضمنوا لانهم لم يرجعوا وانما انكروا التحميل ولابي حنيفة وابي يوسف ان الموجود من الاصول شهادة في غير مجلس القاضي صح

٣٢٣

ولكنهم يشهدون على ما تحملوا وهو شهادة
الاصول ابا لهم على شهادتهم فصاروا كما لو
شهدوا على نفس الحق وعلى هذا لو رجع الاصول
بان قالوا اشهدناهم قال **ولو رجع الاصول**
والفروع ضمن الفروع فقط لان الاتلاف
حصل بالشهادة الموجودة في مجلس القاضي
وهي من الفروع مباشرة من كل وجه
والاصول متسببون للتلف من كل وجه
وقد عرف ان المباشر والمتسبب اذا اجتمعا
وهما متعديان كان الضمان على المباشر
دون المتسبب وهذا عندهما وقال محمد
رحمه الله تعالى المشهود عليه بالخيار ان شا
ضمن الاصول وان شا ضمن الفروع لان القضا
وقع بشهادة الفروع من حيث ان القاضي
عاين الشهادة من الفروع ووقع بشهادة الاصول
من حيث ان الفروع نائبون عنهم ونقلوا شهادتهم
بامرهم فيتخير في تضمين اي الفريقين شا والجهتان
متغايرتان لان شهادة الاصول على اصل
الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول
او نقول احداهما اشهاد والاخرى اداء
الشهادة في مجلس القاضي فلا يجمع بينهما في
التضمين بل يجعل كل فريق كالمنفرد فيكون له
الخيار كالغاصب مع غاصب الغاصب وهذا

على ذلك ولكنا رجعنا عن ذلك عندهما لا يضمنون وعنده يضمنون والوجه قد بيناه صح

لان التلف يثبت بالنقل والاشهاد والنقل من
الفروع والاشهاد من الاصول فلولا اشهاد
الاصول لما تمكن الفروع ولولا نقل الفروع
لما تمكن الاصول فكان فعل كل فريق في حق
المشهود عليه سبب ضمان على سبيل المباشرة
اما الفروع فظاهر لانهم نقلوا شهادة الاصول
عند القاضي على وجه لولم يقبل القاضي
شهادتهم لما ثم وكذلك الاصول مباشرون
من حيث الحكم لان اداء الفروع منقول الى
الاصول لان الفروع مضطرون من جهة
الاصول الى الاداء بعد الاشهاد بحيث لو امتنعوا
عن الاداء اثموا فصاروا نظير القاضي
لما الجاء الشهود الى القضا نسب اليهم فضمنوا
ثم اي فريق ادى لا يرجع على صاحبه لان
كل ضمن بجنايته بخلاف الغاصب اذا ضمن
حيث يرجع على غاصب الغاصب لما عرف
في موضعه قال ولا يلتفت الى قول الفروع
كذب الاصول او غلطوا يعني بعد الحكم بشهادتهم
لان ما مضى من القضا لا ينتقض بقولهم كما
لا ينتقض برجوعهم ولا يلزمهم غرامة لانهم لم يرجعوا
وانما شهدوا على انهم كذبوا قال وضمن
المزكون بالرجوع وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا

على

على الشهود خيرا فصاروا كما لو اثنوا على المشهود
عليه بان شهدوا على احصان الزاني ثم
رجعوا وهذا لانهم لم يثبتوا سبب التلف
وهو الزنا ولم يتعرضوا له بالاصالة وانما
اثنوا على الشهود فصاروا في المعنى كشهود
الاحصان ولابي حنيفة رحمه الله انهم
جعلوا ما ليس بموجب موجبا فصاروا
بمنزلة من اثبت سبب الاتلاف وبيان ذلك
ان الشهادة لا توجب شيئا بدون التزكية
وسبب التلف الشهادة وهي لا تعمل الا بالتزكية
فكانت التزكية علة العلة وهي بمنزلة
العلة في اضافة الحكم اليها بخلاف شهود
الاحصان فانهم لم يجعلوا غير الموجب موجبا
لان الموجب هو الزنا وهم لم يثبتوه ولهذا يثبت
الاحصان بشهادة النسا بخلاف التزكية
لشهود الحد لان الشهادة لا تعمل الا بها
فصار التلف مضافا اليها كما يضاف الى
الشهادة ولهذا لا يجوز ان يكون النسا مزكيات
مع الرجال في الحدود كما لا يصلح للشهادة فيها
ولولا اضافة الحكم اليها لصلحن للتزكية
فيها وهذا لان التاثير هو المعتبر والعلة مؤثرة
في اثبات الحكم وكذلك علة العلة مؤثرة
ايضا في اعمال العلة اذ الشهادة لا توجب العمل

الا انها خلاف شهود الاحصان فان ذلك ليس
بموثر في اثبات الزنا فانهم اثبتوا عليه بقولهم
انه حر مسلم تزوج امراة نكاحا صحيحا وقد
اوقعها استرغابا بالدخول عليها وهذه الخصال
تمنع الزنا فلا تكون موجبة له لان الزنا
مذموم وهذه الخصال محمودة فهما متضادان
فكيف يكون احدهما سببا للاخر فكما
لا يوجب الزنا لا يوجب الرجم ايضا
بل هو موجب الزنا عند وجود الاحصان
قال **وشهود اليمين** اي يضمن شهود
اليمين ومعنى المسالة ان يشهدا بتعليق
العتق بشرط او بتعليق الطلاق بشرط قبل
الدخول ثم يرجعان عنها فيجب عليهما
قيمة العبد ونصف المهر لانهم شهود العلة
اذ التلف يحصل بسببه وهو الاعتاق او
التطليق وهم الذين اثبتوا ذلك بشهادتهم
والشرط وان كان مانعا فاذا وجد
الشرط اضيف التلف الى تلك العلة وهي
العلة دون زوال المانع قال **لا شهود
الاحصان والشرط** اي لا يضمن شهود الاحصان
ولا شهود الشرط وفيهما خلاف زفر رحمه
الله اما شهود الاحصان فهو يقول ان الجناية
تتغلظ عنده فصار كحقيقة العلة ولانه شرط

لوجوب

٢٠٥

لوجوب الرجم والشرط اذا سلم عن معارضة
العلة صلح علة الا ترى ان حافر البير يضمن عند
عدم من يليق والحفر شرط الوقوع فيضاف اليه
الحكم قلنا ان الاحصان علامة وليس بشرط
حقيقة لان حقيقة الشرط ان توجد العلة بصورتها
ويتوقف صيرورتها على وجود الشرط كتعليق
العتق بالشرط فان العلة قد وجدت بصورتها
وهو قوله عبده حر ونحو ذلك وتوقفت
صيرورتها علة على وجود الشرط وهنا لو
زنى ثم احصن لا يرجم ولكن اذا زنى وهو
محصن عرفنا ان حكمه الرجم وهذا معنى
العلامة فلم يتعلق به وجوب الرجم
ولا وجوده اذ الحكم لا يضاف الى العلامة
المظهرة واما شهود الشرط فلا يخلو اما ان
رجعوا وحدهم او مع شهود العلة وهي التعليق
فان رجعوا مع شهود اليمين لا يضمنون
وعند زفر رحمه الله يضمنون لان التلف
حصل بشهادة الفريقين جميعا قلنا شهود
اليمين اثبتوا بشهادتهم العلة الموجبة
للحكم وهو قوله انت حر او انت طالق والاخرون
اثبتوا الشرط والشرط لا يعارض العلة في اضافة
الحكم اليه لان الحكم يضاف الى العلة حقيقة
لانه هو المؤثر فيه والى الشرط مجازا لانه موجود

عند الشرط والمجاز لا يخار من الحقيقة وان رجع
شهود الشرط وحدهم يضمنونه عند بعض
مشايخنا رحمهم الله لان الشرط اذا لم يقارنه
العلة صلح لاضافة الحكم اليه وصار علة
لان العلل لم تجعل علة لذواتها فيما زان
تخلفها الشروط والصحيح ان شهود الشرط
لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات واليه
مال شمس الائمة السرخسي والى الاول مال
فخر الاسلام علي البزدوي واذا شهد شاهدان
بالتفويض وشاهدان بالايقاع ثم رجعوا
كان الضمان على شاهدي الايقاع لانه
العلة والتفويض سبب والله تعالى اعلم
بالصواب وهو حسبي ونعم الوكيل ٠

٠ كتاب الوكالة ٠

الوكالة الحفظ ومنه الوكيل في اسماء الله تعالى
ولهذا قلنا فيمن قال وكلتك بمالي يملك الحفظ
فقط وقيل تركيبه يدل على معنى التفويض والاعتماد
ومنه التوكيل يقال على الله توكلنا اي فوضنا
امورنا والتوكيل تفويض التصرف الى الغير
وسمي الوكيل وكيلا لان الموكل وكل اليه القيام
بامره اي فوضه اليه واعتمد فيه عليه
فالوكيل القايم بما فوض اليه وهو مشروع
باجماع الامة وقد وكل رسول الله صلى الله

عليه وسلم

عليه وسلم حكيم بن حزام بشراء الاضحية
وقال الله تعالى حكاية عن اصحاب الكهف
فابعثوا احدكم بورقكم هذه الى المدينة
الاية وكان البعث منهم بطريق الوكالة
وشريعة من قبلنا شريعة لنا ما لم يظهر
نسخه ولان الانسان قد يعجز عن مباشرة
التصرفات وعن حفظ ماله فيحتاج الى الاستعانة
بغيره اشد الاحتياج فيكون شرعها دفعا
للحرج والفاظها كل لفظ يدل على الاطلاق
كقوله وكلتك او فوضت او احببت او رضيت
او شئت او اردت ولو قال لا انهاك عن
طلاق امرأتي لا يكون توكيلا قال صح التوكيل
لما بينا من الادلة قال وهو اقامة الغير
مقام نفسه في التصرف اي التصرف الجائز
المعلوم بدا الى الشريعة حتى ان التصرف
اذا لم يكن معلوما يثبت به ادنى تصرفات
الوكيل وهو الحفظ فقط وهو في اللغة ما بيناه
من قبل قال ممن يملكه اي ممن يملك
التصرف لان شرط الوكالة ان يكون الموكل
ممن يملك التصرف لان الوكيل يستفيد ولاية
التصرف منه ويقدر على التصرف من قبله
فلا يتصور ان يستفيد الولاية ممن لا ولاية
له ولا قدرة له على التصرف وقيل هذا على

قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله واما على
قول ابي حنيفة رحمه الله فالشرط ان يكون
حاصلا بما يملكه الوكيل فاما كون الموكل
مالكا للتصرف فيه فليس بشرط حتى يجوز
عنده توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر
او الخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع
الصيد وقيل المراد ان يكون الموكل ممن
تلزمه الاحكام لان المطلوب من الاسباب
احكامها فاذا كان ممن لا يثبت له الاحكام
لا يصح توكيله كالصبي والعبد المحجور
عليهما قال اذا كان الوكيل يعقل العقد
ولو صبيا او عبدا محجورا يعني يصح التوكيل
بشرط ان يكون الوكيل ممن يعقل البيع وغيره
من العقود ولو كان الوكيل صبيا او عبدا
محجورا عليهما والمراد ان يعرف ان الشرا جالب
للمبيع وسالب للثمن والبيع على عكسه ويعرف
الغبن الفاحش من اليسير ويقصد بذلك
ثبوت الحكم والربح لا الهزل لان الوكيل
قايم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون
من اهل العبارة ليكون قادرا على التصرف
وذلك بالعقل بكل ما يعقده بنفسه اي يجوز
التوكيل بكل شي جاز ان يعقده بنفسه
لما ذكرنا من الحاجة والادلة ولا يرد على هذا

قال

مالكا للتصرف نظرا الى اصل التصرف
وان امتنع في بعض الاشيا لعارض
النهي ولا بد ان يكون صح

الوكيل

٣٢٧

الوكيل حيث لا يجوز له ان يوكل فيما وكل فيه
لان المراد به ان يعقده بنفسه لنفسه
لا ما استفاده من جهة غيره من التصرفات
لان ذلك يتقيد بامر آمره وكذا لا يرد جواز
توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر ونحوه
لانه عكس والنقض لا يكون الا بالمطرد
ويرد عليه الاستقراض فانه يجوز ان يباشره
بنفسه لنفسه ولا يجوز له ان يوكل فيه
حتى لو وكل به واستقرض له الوكيل كان
له لا للموكل لان البدل في باب القرض
لا يجب دينا في ذمة المستقرض بالعقد
وانما يجب بالقبض والامر بالقبض لا يصح
لانه ملك الغير بخلاف البيع لان حكمه يثبت
بالعقد فجاز ان يقيم غيره فيه مقامه وبخلاف
الرسالة في الاستقراض لان الرسالة موضوعة
لنقل عبارة المرسل لان الرسول معبر
والعبارة ملك المرسل فقد امره بالتصرف
في ملكه باعتبار العبارة فيصح واما الوكالة
فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل فان العبارة
للوكيل ولهذا حقوق العقد ترجع اليه
وعن ابي يوسف رحمه الله ان التوكيل بالاستقراض
جايز قال وبالخصومة في الحقوق
برضا الخصم الا ان يكون مريضا الموكل

او غائبا مدة السفر او مريدا للسفر
او مخدرة اى يجوز التوكيل بالخصومة
فى جميع الحقوق بشرط ان يرضى الخصم الا اذا كان
معذورا بعذر من الاعذار التى ذكرها
فحينئذ يجوز بغير رضا الخصم وهذا عند
ابى حنيفة رضى الله تعالى عنه وقالا يجوز
التوكيل بالخصومة من غير رضى الخصم كالتوكيل
بالتقاضى والايفاء ولان الحاجة ماسة الى تجويزه
بها اذ لا يهتدى اليها كل احد ولا يرضى بها
عند الحكام كل احد وقال عبد الله بن جعفر
رضى الله تعالى عنه كان على رضى الله تعالى عنه
لا يحضر خصومة ابدا وكان يقول ان
الشيطان يحضرها وان لها قحما وكان اذا خوصم
فى شئ من امواله وكل عقيلا فلما كبر عقيل
وكل عبد الله بن جعفر فقال هو وكيلى
فما قضى عليه فهو على وما قضى له فهو لى ولانه
يملك مباشرتها بنفسه من غير رضى خصمه
فكذا يملك التوكيل بها من غير رضى الخصم
كسائر حقوقه ولابى حنيفة رضى الله عنه
ان التوكيل حواله وهى لا تجوز الا برضا المحال
عليه فكذا التوكيل وهذا لان الخصومة تختلف
والجواب مستحق عليه فصار نظير الحوالة
الا ترى انه لا يوكل الا من هو الد واشد

انكارا

٣٢٨

انكارا ويلحقه بذلك ضرر عظيم فلا يلزمه
بدون التزامه كالحوالة بخلاف ما اذا كان
به عذر من الاعذار التى ذكرناها لان الجواب
غير مستحق عليه فى هذه الحالة فلا يكون فيه
اسقاط حق مستحق عليه ولا يقبل قوله
انى اريد ان اسافر لكن القاضى ينظر فى حاله
وفى عدته فانه لا يخفى هيئة والمتاخرون
من اصحابنا اختاروا للفتوى ان القاضى
اذا علم من الخصم التعنت فى الاباء عن قبول
التوكيل لا يمكنه من ذلك ويقبل التوكيل من
الموكل من غير رضاه وان علم من الموكل قصد
الاضرار بخصمه لا يقبل منه التوكيل الا برضاه
وهو اختيار شمس الائمة السرخسى رحمه الله ومن
الاعذار الحيض من المدعا عليها اذا كان الحكم
فى المسجد والحبس اذا كان من غير القاضى
الذى ترافعوا اليه قال وبايفائها واستيفائها بها
الا فى حد او قود اى يجوز التوكيل بايفاء
جميع الحقوق والاستيفاء لما بينا الا
باستيفاء الحدود والقصاص فانه لا يجوز
مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تسقط
بالشبهات وشبهة العفو ثابتة فى حال
غيبة الموكل لانه حق العبد ولنا انه عقوبة
فيسقط بالشبهات وشبهة العفو ثابتة

٢ بالشبهات فلا تستوفى بما يقوم مقام الغير لما فيه من نوع شبهة على ما بينا وقال الشافعى رحمه الله تعالى يستوفى القصاص فى حال غيبة الموكل لانه حق العبد ولنا انه عقوبة فيسقط صح

في حال غيبة الموكل لجواز ان يكون الموكل قد
عفى بل هو الظاهر اذ العفو مندوب اليه
قال الله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة
له بخلاف ما اذا كان الموكل حاضرا لانه لا
يتمكن فيه شبهة العفو وقد يحتاج الموكل
الى ذلك لقلة هدايته في الاستيفا ولان
قلبه لا يحتمل ذلك بخلاف الاستيفا في غيبة
الشهود لان رجوعهما نادر فلا يتوهم ويجوز
التوكيل باثبات القصاص وحد القذف
والسرقة باقامة البينة فاذا قامت ثبت
الحق فللموكل استيفاؤه وقال ابو يوسف
لا يجوز التوكيل باثباتها ايضا كما لا يجوز
باستيفائها وقول محمد مضطرب والاظهر
انه مع ابي حنيفة رحمه الله الا انه يجوزه
من غير عذر ولا رضى الخصم وعند ابي حنيفة
لا يجوز الا باحدهما وقيل هذا الخلاف
في حال غيبة الموكل واما حال حضرته فهو
جائز اجماعا لان كل كلام يوجد من الوكيل
ينتقل الى الموكل اذا لم يكن فيه شبهة
على الوكيل لما عرف في موضعه لابي يوسف
رحمه الله ان الوكيل بمنزلة البدل عن
الاصل ولا مدخل للابدال في هذا الباب
ولهذا لا يجوز فيه الشهادة على الشهادة

ولا

ولا كتاب القاضي الى القاضي ولا شهادة
النسا ولا من الاخرس لان اشارته بدل
عن العبارة ولان المقصود من الاثبات
الاستيفا فاذا لم يصح به لا يصح بالاثبات
ايضا ولهما ان التوكيل تناول ما ليس بحد
ولا قصاص فلا يضاف وجوب الحد الى الخصومة
فيصح التوكيل كما في ساير الحقوق وهذا لان فيهما
وجوب الحد مضاف الى الجناية وظهوره
مضاف الى الشهادة والخصومة شرط
محض لا اثر لها في الوجوب ولا في الظهور
اذ الحكم لا يضاف الى الشرط ويمكن التدارك
اذا وقع فيه الغلط بخلاف الاستيفاء وعلى
هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب
من عليه الحد والقصاص وكلام ابي حنيفة
فيه اظهر لان التوكيل فيه وقع بدفع
القصاص والحدود ودفعها يثبت مع
الشبهة حتى يثبت العفو عن القصاص
بالشهادة على الشهادة وشهادة النسا
مع الرجال غير ان اقرار الوكيل لا يقبل
عليه استحسانا لان فيه شبهة عدم
الامر به والتوكيل باثبات حد الزنا
والشرب لا يصح اتفاقا لانه لا حق لاحد
فيه وانما تقام البينة على وجه الحسبة

فاذا كان اجنبيا عنه لا يجوز توكيله به
قال والحقوق فيما يضيفه الوكيل الى
نفسه كالبيع والاجارة والصلح عن اقرار
يتعلق بالوكيل ان لم يكن محجورا كتسليم
المبيع وقبضه وقبض الثمن والرجوع عند
الاستحقاق والخصومة في العيب والملك
يثبت للموكل ابتداء حتى لا يعتق قريب الوكيل
بشرائه وقال الشافعي يتعلق بالموكل لان
الحقوق تبع للحكم وليست باصل والوكيل
ليس باصل في حق الحكم فلا يكون اصلا
في حق الحقوق التي هي من توابع الحكم فصار
كالرسول والوكيل بالنكاح واخواته ولنا
ان الوكيل اصل في العقد لان العقد
يقوم بالكلام وصحة كلامه باعتبار
كونه ادميا عاقلا لانفسيته ان يكون
الحاصل بالتصرف واقعا غير ان الموكل
لما استنابه في تحصيل الحكم جعلناه نايبا
في حق الحكم للضرورة كيلا يبطل مقصوده
وراعينا الاصل في حق الحقوق اذ لا ضرورة
في حقها والدليل على انه اصل في العقد
استغناؤه عن اضافته الى الموكل ولو
كان سفيرا كما زعم لما استغنى عن
اضافته اليه كالرسول وكالوكيل

بالنكاح

بالنكاح واخواته ولنا ان الوكيل اصل في
العقد لان العقد يقوم بالكلام وصحة
كلامه باعتبار كونه ادميا عاقلا لانفسيته
ان يكون الحاصل بالتصرف واقعا له غير
ان الموكل لما استنابه في تحصيل الحكم
جعلناه نايبا في حق الحكم للضرورة كيلا
يبطل مقصوده وراعينا الاصل في حق
الحقوق اذ لا ضرورة في حقها والدليل على
انه اصل في العقد استغناؤه عن
اضافته الى الموكل ولو كان سفيرا كما زعم
لما استغنى عن اضافته اليه كالرسول بل
حتى اذا اضافه الى نفسه كان له دون الموكل
بخلاف ما نحن فيه فانه لا ينفذ اضافة
العقد اليه وايقاع الحكم للموكل فاذا اضافه
اليه كان اصيلا فيه فيقع له فيما لا ضرورة
فيه وهي الحقوق من تسليم المبيع وقبضه
وقبض الثمن وتسليمه والرجوع عليه بالثمن
عند استحقاق ما باع او رجوعه هو بالثمن
على بايعه عند استحقاق ما اشترى والخصومة
في العيب وغير ذلك من حقوق العقد
ولا نسلم ان الحكم يقع له في دوامه بل يقع
للوكيل ثم ينتقل اليه فيكون بينهما مبادلة
حكمية قلنا انه يقع والصحيح انه يقع للموكل

حق

ابتداء خلافة عنه يعني ان الوكيل اصل في حق
الحكم لكن في الحكم يخلفه الموكل فيقع له من غير
ان يكون اصلا فيه كالعبد يتهب ويصطاد
اي يقبل الهبة
ولهذا لا يعتق الوكيل اذا اشترى قريبه
بالوكالة وهو المراد بقوله والملك يثبت
للموكل ابتداء الى اخره وكذا اذا اشترى زوجته
بالوكالة لا يفسد النكاح لما ذكرنا
وفي حق الحقوق لم يخلفه فاذا كان اصلا
في حق الحقوق جاز توكيله فيها ولا يجوز
توكيل الموكل فيها لانه اجنبي عنها وفي قوله
تتعلق بالوكيل ان لم يكن محجورا اشارة
الى ان العبد والصبي المأذون لهما يتعلق
بهما الحقوق ويلزمهما العهدة مطلقا وفي
الذخيرة ان كان وكيلا في البيع بثمن حال
او مؤجل جاز بيعه ولزمته العهدة
وان كان وكيلا بالشرا فان كان بثمن
مؤجل لا تلزمه العهدة قياسا واستحسانا
بل تكون العهدة على الآمر حتى يطالب
البائع الآمر بالثمن دون المباشر لان ما
يلزمه من العهدة ضمان كفالة وليس
بضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد
الملك للضامن في المشترى ~~وههنا يملك~~
~~المشترى من حيث الحكم~~ وهذا لا يفيده

فيه

فيه وانما يلتزم ما لا في ذمته واستوجب
مثل ذلك على موكله وهذا هو معنى الكفالة
وهو لا يلزمه ذلك وان كان بثمن حال وفي
القياس ان لا تلزمه العهدة وفي الاستحسان
يلزمه لان ما يلزمه ضمان ثمن لان ضمان
الثمن ما يفيد الملك في المشترى وههنا
يملك المشترى من حيث الحكم فانه يحبس
المبيع بالثمن حتى يستوفيه من الموكل
كما لو اشتراه لنفسه ثم باعه منه
وهو من اهل التزام الثمن بخلاف ما اذا
كان الثمن مؤجلا لانه لا يملك المشترى
لا حقيقة ولا حكما حتى لا يملك حبسه
به فكان ضمان كفالة من حيث المعنى
وفي الايضاح اذا امره ان يشتري له
بالنقد فاشترى كما امره فالشرا جائز
والعهدة عليه وكان القياس ان لا يجوز
لانه يلزمه العهدة في تسليم الثمن فيصير
بمنزلة الكفالة وانما جوزناه استحسانا
لانه وان لحقته العهدة كان له ان يرجع على
الذي امره به ويحبس المبيع عنه فيصير
الحق كالمتعلق بالبيع فيخرج من ان يكون متبرعا
ولو امره بالشرا نسيئة فاشتراه كما امره
كان ما اشتراه له دون الامر لان الشرا اذا كان

نسيئة لم يملك حبس المبيع فتظهر معنى التبرع
بالتزام الدين فلا يصح واذا لم يصح الوكالة
صار مشتريا لنفسه وفيه اشارة ايضا
الى ان المحجور عليه لا يتعلق به الحقوق لانه لم
يصح منه التزام العهدة لقصور اهلية
الصبي ولحق مولى العبد فيتعلق بالموكل كما في
الرسول والقاضي وامينه ثم العبد اذا
اعتق يلزمه تلك العهدة والصبي اذا بلغ
لا يلزمه لان المانع من لزوم العهدة
في حق العبد حق المولى اذ هو من اهل
الالتزام وقد زال حقه فيلزمه والمانع
في حق الصبي حق نفسه ولا يزول بالبلوغ
ولو قبضه مع هذا يصح قبضه لانه هو
العاقد فكان اصيلا فيما سوى اللزوم لما
ذكرنا لا يدل على انتفاء الجواز ولو كان
المأمور مرتدا جاز تصرفه لانه من اهل
العبارة فيعتبر عبارته ولكن يتوقف
حكم العهدة عند ابي حنيفة فان اسلم كانت
عليه والا فعلى الموكل وعندهما عليه
على كل حال وهي فرع اختلافهم في تصرفاته
لنفسه قال وفيما يضيفه الى الموكل
كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد او عن انكار
يتعلق بالموكل فلا يطالب وكيله بالمهر ووكيلها

بتسليمها

بتسليمها اي في كل عقد يضيفه الى الموكل
فحقوقه تتعلق بالموكل وذلك كالنكاح الى
اخره لان الوكيل فيها سفير محض ولهذا
لا يستغني عن اضافته الى الموكل حتى
لو اضافه الى نفسه وقع النكاح له فصار
كالرسول فلا يتصور ان يكون السبب
صادرا من شخص على سبيل الاصالة
والحكم واقع لغيره فجعلناه سفيرا وهذا
لان الحكم هنا لا يقبل الفصل عن السبب لانها
من قبيل الاسقاطات اما غير النكاح
فظاهر وكذا النكاح لانها تسقط مالكيتها
بعقد النكاح ولان الاصل في الابضاع
الحرمة فكان النكاح اسقاطا للحرمة
نظرا الى الاصل وانما يثبت الملك ضرورة
التمكن من الوطي ولهذا لا يظهر في حق الفسخ
والتمليك من الغير وفيما وراء الوطي فهو
اسقاط جريا على الاصل اذ الحرية تنافي
الملك والساقط متلاش فلا يجوز ان يسقط
في حق الوكيل ثم يسقط ثانيا في حق الموكل
بالانتقال لان الساقط لا يعود الا بسبب
جديد فكان حكم النكاح ثابتا لمن اضيف اليه
ابتداء وهو الموكل بخلاف البيع فان حكمه
يقبل الفصل عن السبب كما في البيع بشرط

بدلا الصرف حيث يبطل الصرف ولا يستبد
بقبضه لان جواز الصرف معلق بالقبض
قبل الافتراق فكان القبض فيه بمنزلة الايجاب
والقبول وهما يتعلقان بالمتعاقدين فكذا
القبض في الصرف وقبض الثمن في مسالتنا ليس
كالايجاب والقبول وانما جاز لوصول حقه
اليه ولهذا لو كان للمشتري دين على الموكل
تقع المقاصة بمجرد العقد لوصول الحق اليه
بطريق التقاص ولو كان عليهما دين تقع
المقاصة بدين الموكل دون دين الوكيل
ولو كان له دين على الوكيل فقط وقعت
المقاصة بالدين لان القبض فيه كالايجاب
والقبول فلا بد من وجوده حقيقة او حكما
باضافة العقد الى الدين وهذا عندهما
وقال ابو يوسف رحمه الله لا تقع المقاصة
بدينه وعنده لا يجوز فلا يقع ووجه
البناء ان المقاصة ابرا بعوض فيعتبر بالابرا
بغير عوض ولهذا لو كان له عليهما دين
كانت المقاصة بدين الموكل او لعندهما
كالوا ابراه معا فانه يبرا ابرا الموكل حتى
لا يلزم الوكيل ضمانه وقول ابي يوسف
استحسان ووجهه الذي في ذمة المشتري
ملك الموكل لانه بدل ملكه وانبرا او

به ويضمن الوكيل للموكل لانه قضى
دينه بماله للموكل بخلاف الصرف حيث
لا تقع المقاصة صح

بدين الوكيل وهو مبني على جواز ابرا الوكيل بالبيع من الثمن فعندهما يجوز ابراؤه فكذا تقع المقاصة صح

تصرف

تصرف فيه على خلاف ما امره به فلا ينفذ
كالو قبض الثمن بشرد ثمنه للمشتري ودليل
الخلاف ظاهر ولهذا التقييد ههنا ووجه
قولهما ان الابرا اسقاط لحق القبض والقبض
خالص حق الوكيل الا يرى ان الموكل ليس
له ان يمنعه من ذلك ولو اراد ان يقبض
بنفسه لا يمكن من ذلك فكان هو بالابرا
ممتنعا عن القبض مسقطا حق نفسه فيصح
منه الا انه بقبضه يتعين ملك الامر
في المقبوض واذا انسد عليه هذا الباب
بابرائه صار ضامنا له بمنزلة الراهن
اذا اعتق المرهون ينفذ اعتاقه لمصادفته
ملكه ويضمن للمرتهن لانسداد باب
الاستيفا عليه من مالية العبد بالاعتاق
وعلى هذا الخلاف ابرا الولي والوصي
ثمنا باعاه من مال الصغير والله اعلم
بالصواب واليه المرجع والمآب
وصلى الله على سيدنا محمد وعلى اله وصحبه وسلم

باب الوكالة

بالبيع والشرا لا امتران الجهالة اذا كانت
تمنع الامتثال ولا يمكن تداركها تمنع صحة
الوكالة والا فلا والجهالة ثلاثة انواع
جهالة فاحشة وهي الجهالة في الجنس تمنع

صحة الوكالة سوا بين الثمن او لم يبين
كما لو وكله بشرا ثوب او دابة او نحو
ذلك والثانية جهالة يسيرة وهي
ما كانت في النوع المحض كما لو وكله بشرا
فرس او حمار او ثوب هروي او مروي
او نحو ذلك ~~والثانية جهالة يسيرة~~
فانه تجوز الوكالة به وان لم يبين
الثمن وقال بشر لا تجوز والحجة عليه ما
روي انه عليه الصلاة والسلام وكل
حكيم بن حزام بشرا شاة للاضحية ولان
جهالة النوع لا تخل بالمقصود ويمكن
رفعها بصرف التوكيل الى ما يليق
بحال الموكل حتى لو كان عاميا وكل رجلا
بشرا فرس فاشترى فرسا يصلح للملوك
لا يلزمه والثالثة جهالة بين النوع
والجنس كما لو وكله بشرا عبد او جارية
ان بين الثمن والنوع بان قال عبدا
تركيا او حبشيا او نحو ذلك جازت الوكالة
وان لم يبين واحدا منهما لم يجز لانه
ببيان الثمن يعلم من اي نوع يريد
وببيان النوع يعلم ثمنه فتبقى الجهالة
بعد ذلك يسيرة وهي لا تمنع صحة الوكالة
بخلاف ما اذا كانت الجهالة في الجنس حيث

يمنع

يمنع صحة الوكالة وان بين الثمن لانه بذلك
القدر من الثمن يوجد من كل نوع فلا يفيد
المعرفة قال امره بشرا ثوب هروي
او فرس او بغل صح سمى ثمنا او لا لانه
لم تبق الجهالة بعد اعلام الجنس الا في
الصفة وهي محتملة في الوكالة لان الوكيل
قادر على تحصيل مقصود الموكل بان
ينظر في حاله اذ اختلاف الصفة لا يوجب
اختلاف اصل المقصود ولا يشترط في
مثله تسمية الثمن لصحة الوكالة لانه
ببيان جنس الثمن يصير معلوما عادة
فصار كما لو وكله بشرا ثوب هروي
على اي صفة كان ولانا لو شرطنا الاستقصاء
في الصفة والبيان في النوع ربما لا يتمكن
الوكيل من القيام بذلك وضاق الامر
على الناس وحرجوا والحرج مدفوع قال
وبشرا عبد او دار جاز ان سمى ثمنا والا
فلا لان هذه جهالة متوسطة بين الجنس
والنوع وليست بفاحشة ولا يسيرة
فاذا بين ثمنه علم من اي نوع مقصوده
لان ثمن كل نوع من العبيد معلوم بين
الناس والتحق بجهالة النوع بذلك فجازت
الوكالة به وان لم يبين ثمنه التحق

بجهالة الجنس فلم تجز الوكالة به وهذا
لانه باعتبار منفعة العمل جنس
واحد وباعتبار منفعة النظر والجمال
اجناس مختلفة فان الجمال منفعة
مطلوبة من بني آدم ولهذا جعل روية
الوجه من بني آدم كروية الكل لحصول
العلم بالمقصود وهو الجمال لكونه مجمع
المحاسن وباعتبار هذه المنفعة يختلف
التركي والهندي والسندي والحبشي
والتكروري وكذا اذا بين نوعه تجوز
الوكالة به لحصول العلم بمقصوده لانه
انما جازت الوكالة به اذا بين ثمنه
لكونه معلوم النوع فعند التصريح بنوعه
اولى ان يجوز قال وبشراء ثوب او دابة
لا وان سمى ثمنا يعني لو وكله بشراء دابة
او ثوب لا يصح التوكيل وان بين ثمنه
لان هذه جهالة في الجنس فلا يتمكن الوكيل
من الامتثال لتفاحش الجهالة لان ما من
نوع يشتريه الوكيل من انواع ذلك الجنس
الا ويمكن الموكل ان يقول انى عنيت
خلافه والامر بما لا يمكن الامتثال به باطل
فتحصل لنا من جميع ما ذكرنا ان الجهالة
اذا كانت في الجنس لا تجوز الوكالة مطلقا

وان

وان كانت في النوع تجوز مطلقا وان كانت ما
بينهما بان كانت انواعا فان ذكر الثمن
او النوع جازت والتحق بالثاني وان لم يبين
التحق بالاول ولم يجز والجنس ما يدخل
تحته انواع متغايرة والنوع اسم
لاحد ما يدخل تحت اسم فوقه وقيل
الجنس اسم دال على كثيرين مختلفين
بالنوع والنوع اسم دال على كثيرين
مختلفين بالشخص وقيل كل اسم منتظم
اشياء نوع باعتبار ما فوقه جنس
باعتبار ما دونه هذا الذي ذكرناه
كله اذا لم يكن فيه دلالة على العموم
وان كان فيه دلالة على العموم بان قال
ابتع لي ما رايت جازت الوكالة لانه
فوض الامر الى رايه فاي شي اشتراه
له يكون ممتثلا وكذا لو قال اشتر لي
بالف شيئا او دوابا او اشياء او ما شئت
او ما رايت او اي شي حضرك او ما يوجد
او ما يتفق جاز لان التعميم دلالة التفويض
الى رايه وكذا لو قال اشتر لي بالف وبيع
جازت الوكالة ويصير الموكل مستقرضا
للالف منه ويصير البايع قابضا للآمر
اولا بحكم القرض ثم يصير قابضا لنفسه

وكذا اذا قال ابتعله بضاعة لي لان لفظ البضاعة
يدل على العموم وكذا لو قال اشترلي به
ولم يزد عليه فانه يصح استحسانا لانه
تفويض عام فكانه قال اشترلي ما بدالك
او قال سلطتك على الشرا وكذا لو قال
اذنت لك ان تشتري به لما بينا قال
وبشرا الطعام يقع على البر ودقيقه
اي لو وكله بشرا طعام يقع على الحنطة ودقيقها
حتى لا يكون له ان يشتري له غيرهما من
الطعام والقياس ان يتناول كل مطعوم
لانه اسم له كما لو حلف لا ياكل طعاما وجه
الاستحسان ان الطعام مقرونا بالبيع
او الشرا يراد به البر عادة ودقيقه
ولا عرف فيما اذا كان مقرونا بالاكل
فبقي على حقيقته فيحنث باكل اي طعام
كان حتى لو حلف لا يشتري او لا يبيع
طعاما لا يحنث الا بالبر لما ذكرنا وقيل
ان كانت الدراهم كثيرة فعلى البر وان
كانت قليلة فعلى الخبز وان كانت بين
الامرين فعلى الدقيق والعارف في ذلك
العرف ويعرف بالاجتهاد حتى اذا عرف
انه بالكثير من الدراهم يريد به الخبز
بان كان عنده وليمة يتخذها هو جاز له

ان

ان يشتري له الخبز لان حاله يدل على انه
ما يشتريه للادخار وهو المرجح لجانب الحنطة
اذ الخبز لا يقبل الادخار وكذا الدقيق لا
يقبله طويلا فتعين البر للادخار وهو في
الكثير عادة وقال بعض مشايخ ما وراء
النهر الطعام في عرفنا ينصرف الى ما يمكن
اكله يعني المهيأ للاكل كاللحم المطبوخ والمشوي
ونحوه وقال الصدر الشهيد رحمه الله وعليه
الفتوى واذا لم يدفع اليه دراهم وقال
اشترلي طعاما لم يجز على الامر لانه وكله
ان يشتري له مكيلا ولم يبين له مقداره
وجهالة القدر في المكيلات والموزونات
كجهالة الجنس من حيث ان الوكيل لا يقدر على
تحصيل مقصود الامر بما سمى له قال وللوكيل
الرد بالعيب ما دام المبيع في يده يعني من
غير امر الموكل لان الرد بالعيب من حقوق
العقد وهي كلها تتعلق بالوكيل دون الموكل
فينفرد به قال ولو سلمه الى الامر لا يرده
الا باذنه لان حكم الوكالة قد انتهى بالتسليم
اليه ولان في رده بغير اذنه ابطال يد الموكل
ويده الحقيقية فلا يمكن منه بدون رضاه
ولانه اصيل في حق الحقوق نايب في حق الحكم
على اصح الاقوال فكان له جانبان فجانب النيابة يمنع الرد وجانب الاصالة لا يمنعه فعملنا
بجانب الاصالة قبل الدفع الى الموكل وبجانب النيابة
صح

بدبه وقد امكن العمل بهما بهذا الطريق
ولو رضي الوكيل بالعيب جاز وسقط حق
الرد لما ذكرنا انه اصيل في الحقوق وهذا
على قولهما ظاهر لانه يملك الابراء عن
الثمن فعن العيب اولى واختلف المشايخ
على قول ابي يوسف رحمه الله فعامتهم
صححوا ابراه وفرقوا بين هذا وبين
الابراء عن الثمن بان الابراء عن الثمن
يحتمل ان يكون مضرا به لاحتمال ان يكون
المشتري اهلا من الوكيل فاذا ابرا يبقى
دينه في ذمة الوكيل وهو مفلس فيتضرر
به بخلاف الابراء عن العيب لان الموكل فيه
على خياره ان شا رضي بالعيب واخذه وان شا
رده على الوكيل اذ لا يلزم الموكل بابرائه
ولا يسقط خياره به وهذا لان بينهما
مبادلة حكمية كان الوكيل باعه من الموكل
ولهذا يحبس الوكيل المبيع حتى يستوفي الثمن
من الموكل فاسقاط حقه في العقد الاول
لا يلزم منه سقوط حق من اشترى منه
قال وحبس المبيع بثمن دفعه من ماله
اي الوكيل بالشرا اذا اشترى ودفع الثمن
من ماله للبايع فله ان يحبس المبيع بالثمن
الذي دفعه للبايع من ماله لما ذكرنا من
ان

ان المبادلة الحكمية قد جرت بينهما وصار
الوكيل كالبايع والموكل كالمشتري منه ولهذا
لو وجد الموكل به عيبا يرده عليه ولو اختلفا
في الثمن تحالفا وسلامة المبيع له من جهة
الوكيل فيرجع عليه بثمنه ولان توكيله اياه
مع علمه بان الحقوق ترجع اليه اذن
منه بدفع الثمن عنه من ماله فصار كما لو
اذن صريحا فيرجع عليه به ويحبس عنه
المبيع حتى يدفع اليه لتنزله منزلة البايع
وقوله بثمن دفعه من ماله وقع اتفاقا
لانه لو لم يدفع الثمن ايضا له ان يحبسه
عنه وهذا لانه لما تنزل منزلة المشتري
منه اخذ حكمه والمشتري لا يمكن من اخذه
حتى يوفيه ثمنه كما لو كان بايعا له حقيقة
حققه ان حبس المبيع عن الموكل ليس لاجل
نقد الثمن عنه بل لاجل انه بايع له حكما
وهذا المعنى لا يختلف بين ما اذا انقد الثمن
او لم ينقد وقال زفر رحمه الله ليس للوكيل
حبس المبيع عن الموكل لانه نايب عنه فيقوم
يده مقام يد الموكل ويكون قبضه قبض
الموكل ولا يحبس المبيع بعد القبض وهذا
لان المبيع امانة في يده وليس للامين
حبس الامانة بدين له على صاحبها قلنا

الموكل يملك المبيع بعقد باشره الوكيل
ببدل استوجبه عليه وهذا معنى البيع
فيحبسه به كما لو باعه اياه حقيقة
وقد ذكرنا ان بينهما مبادلة حكمية ولهذا
يرده الموكل على الوكيل بعيب ويجري
التحالف بينهما عند الاختلاف في الثمن
وهذا من خصائص البيع فكذا هذا الحكم
ولا نسلم ان قبضه قبض الموكل بل
قبضه يجوز ان يكون لاحياء حق نفسه
ويجوز ان يكون لتتميم مقصود الموكل
فيتبين في الآخرة بحبسه ان القبض كان
لحقه وبعدم الحبس كان للموكل وقيل
ذلك الامر موقوف فلا يحكم عليه بشي
ولان هذا القبض لا يمكن التحرز عنه
اذ لا يقدر على القبض على وجه لا يصير
الموكل به قابضا وما لا يمكن التحرز عنه
يكون عفوا فلا يسقط به حقه من غير رضاه
اذ في سقوطه ضرر عليه قال فلو هلك
في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم
يسقط الثمن لان الوكيل في القبض عامل
للموكل فيصير قابضا بقبض الوكيل كما قلنا
لينتفع منه لا يكون مستردا له فاذا هلك
هلك من مال الآمر فكان له ان يرجع

عليه بخلاف

عليه بخلاف ما اذا احتبسه عنه ثم هلك
لانه صار مستردا بالحبس او تبين به
انه قبضه لنفسه قال وان هلك بعد
حبسه فهو كالمبيع يعني يهلك بالثمن
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
زفر رحمه الله هو كالغصب فيضمن جميع
قيمته لانه ليس له ان يحبسه عنده فبالحبس
يكون متعديا كالمودع يمنع الوديعة عن
صاحبها وقال ابو يوسف رحمه الله هو
كالرهن فيكون مضمونا بالاقل من قيمته
ومن الدين لانه صار مضمونا بالحبس للاستيفا
بعد ان لم يكن مضمونا به وهذا هو معنى
الرهن بخلاف المبيع فانه مضمون بنفس
العقد حبسه البايع او لم يحبسه يحققه
ان حبسه للاستيفا بعد ان لم يكن محبوسا
وان اختل العقد لا ينفسخ بهلاكه وهذا حكم
الرهن بخلاف البيع فان المبيع فيه يكون محبوسا
من اول ما يوجد وينفسخ البيع بهلاكه
وله ان بينهما مبادلة حكمية بدليل ما
ذكرنا من الاحكام فيكون معتبرا بالمبادلة
الحقيقية وهو البيع ولا نسلم ان العقد
لا ينفسخ بل ينفسخ بينهما وانه لم ينفسخ في حق
البايع وكذا الوصي الوكيل بالعيب ولم

يرضى به الموكل ينفسخ العقد بينهما وان لم
ينفسخ في حق البايع والدليل على انه ليس
كالرهن انه يثبت في النصف الشايع والحبس
حكم الرهن لا يثبت فيه فان قيل لو
اشتراه الوكيل بثمن موجل يثبت الاجل
في حق الموكل ولو كان بينهما مبادلة لما ثبت
كما لا يثبت في حق الشفيع قلنا ان الوكيل
والموكل يملكان المبيع بعقد واحد فما شرط
فيه يلزمهما بخلاف الشفيع فانه يملكه
بعقد جديد فما شرط في العقد الاول لا يكون
مشروطا في الثاني قال وتعتبر مفارقة
الوكيل في الصرف والسلم دون الموكل
لان المستحق فيهما قبض العاقد والعاقد
هو الوكيل فيشترط قبضه وان كان لا يتعلق به
الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه لان قبضه
وتسليمه صحيح وان لم يتوجه عليه المطالبة
ففي حكم صحة التقابض هو كوكيل يتعلق به حقوق
العقد فاذا قبض الوكيل تم العقد لوجود شرطه
وان فارقه قبل القبض بطل العقد شرطه وان فارقه
الموكل قبل القبض لا يبطل لانه ليس بعاقد بخلاف
الرسول فيهما لان الرسالة حصلت في العقد
لا في القبض وكلام الرسول ينتقل الى المرسل
فيكون العاقد هو المرسل فيكون قبض الرسول

قبض

٣٠١

قبض غير العاقد فلا يجوز وقال في النهاية
هذا اذا كان الموكل غايبا عن مجلس العقد
واما اذا كان حاضرا في مجلس العقد يصير
كان الموكل صارف بنفسه فلا يعتبر
مفارقة الوكيل وعزاه الى خواهر زاده
وهذا مشكل فان الوكيل اصيل في باب
البيع حضر الموكل العقد او لم يحضر ثم
ذكر فيه بعده باسطر نقلا انه المعتبر
بقا المتعاقدين في المجلس وغيبة الموكل
لا يضر وعزاه الى وكالة المبسوط والطلاقه
واطلاق سائر الكتب دليل على ان مفارقة
الموكل لا تعتبر اصلا ولو كان حاضرا وفي
قوله يعتبر مفارقة الوكيل في الصرف والسلم
اشارة الى ان التوكيل فيهما جائز وانما جاز
لانه عقد يملكه الموكل فجاز ان يوكل به كساير
انواع البياعات والاجارات وهذا في الصرف
يجري على اطلاقه فانه يجوز التوكيل فيه من
الجانبين واما في السلم فانما يجوز بدفع راس
المال فقط واما باخذه فلا يجوز لان الوكيل
اذا قبض راس المال يبقى المسلم فيه في ذمته
وهو مبيع وراس المال ثمنه ولا يجوز ان يبيع
الانسان ماله بشرط ان يكون الثمن لغيره كما في
بيع العين واذا بطل التوكيل كان التوكيل

عاقد لنفسه فيجب المسلم فيه في ذمته وراس
المال مملوك له واذا اسلمه الى الامر على وجه
التمليك منه كان قرضا قال ولو وكله
بشرا عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى
عشرين رطلا بدرهم مما يباع منه عشرة
بنصف درهم وهذا عند ابي حنيفة رحمه
الله وعندهما يلزمه العشرون بدرهم
وذكر في بعض نسخ مختصر القدوري قول محمد
مع قول ابي حنيفة ومحمد رحمه الله لم يذكر
الخلاف في الاصل وجه قول ابي يوسف رحمه
الله ان هذا خلاف الى خير لان المامور
به صرف الدراهم في عشرة ارطال من اللحم
وقد صرفه فيه مع زيادة خير فينفذ عليه
كما اذا امره ان يبيع عبده بالف فباعه
بالفين بخلاف ما لو اشترى ما يساوي عشرون
رطلا منه بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه
بالاجماع لانه خالفه الى شر لان الامر تناول
لحما يساوي عشرة ارطال منه درهما بدرهم
وجه الاول انه امره بشرا عشرة ولم يامره
بالزيادة فينفذ الزايد عليه والعشرة
على الامر بخلاف ما استشهد به لان الزايد
فيه بدل ملكه وبخلاف ما اذا وكله ان يشتري
له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له ثوبين

بدرهم لزم الموكل منه عشرة صح

هرويين بعشرة يساوي كل واحد
منهما عشرة دراهم حيث لا يلزم الموكل
واحد منهما لان ثمن كل واحد منهما مجهول
اذ لا يعرف الا بالحزر وكذا المشترى للموكل
مجهول بخلاف مسالة اللحم فانه موزون
مقدر فينقسم الثمن على اجزايه على السوا
وهو معلوم فيمكن قسمته بينهما على قدر
حقهما ولا يقال هذا لا يستقيم على قول
ابي حنيفة لانه لا يكون موافقا بمثله عنده
كما اذا امر ان يطلق امراته واحدة
فطلقها ثلاثا حيث لا يقع شي عنده
وكذا لو اختلفت الشهود بمثل هذا الاختلاف
لا تقبل شهادتهم للاختلاف لان الاتفاق
فيها شرط لانا نقول ذاك فيما اذا لم يجد
نفاذا على الوكيل واما اذا وجد فينفذ وفيما نحن فيه
ينفذ على الامر وهذا لان الشرا لا يتوقف بل
ينفذ على الوكيل اذا وجد نفاذا والعشرة
داخلة في العشرين فنفوذ العشرين ينفذ
العشرة بخلاف ما ذكر في مسالة الطلاق
والشهادة فانها لا تنفذ عليه لعدم الملك
ولا على الموكل لعدم الموافقة والموافقة
شرط فيه قال ولو وكله بشرا شي بعينه
لا يشتريه لنفسه معناه لا يتصوران

يشتريه لنفسه بل لو اشتراه ينوي بالشرا
لنفسه او تلفظ بذلك يكون للموكل لان
فيه عزل نفسه وهو لا يملك عزل نفسه
والموكل غايب حتى لو كان الموكل حاضرا
وصرح بانه يشتريه لنفسه كان المشترى
له لان له ان يعزل نفسه بحضرة الموكل
وليس له ان يعزل نفسه من غير علمه
لان فيه تغريرا له بخلاف ما اذا وكل نفس
العبد ان يشتريه له من مولاه او وكل
العبد رجلا ان يشتريه له من مولاه
فاشترى حيث لا يكون للامر ما لم يصرح
به للمولى انه يشتريه فيهما للامر مع انه
وكيل بشراء شيء بعينه وانما كان كذلك لاختلاف
حكمهما على ما نبين من قريب ان شا الله
تعالى وبخلاف ما اذا وكله ان يزوجه امراة
معينة جاز له ان يتزوج بها لان النكاح الذي
اتى به الوكيل غير داخل تحت امره لان الداخل
تحت الوكالة نكاح مضاف الى الموكل فكان
مخالفا باضافته الى نفسه فانعزل وفي
الوكالة بالشرا الداخل فيها شرا مطلق
غير مقيد بالاضافة الى احد فكل شيء اتى به
لا يكون مخالفا به اذ لا يعتبر في المطلقات
الا ذاتها دون صفاتها فيتناول الذات

على

على اي صفة كانت فيكون موافقا بذلك
حتى لو خالف مقتضى كلام الامر في جنس الثمن
او قدره كان مثله على ما يذكر من قريب
ان شا الله تعالى ولو وكله رجل اخر
بان يشتري له ذلك بعينه فاشتراه
له كان للموكل الاول دون الثاني لانه
اذا لم يملك الشرا لنفسه فاولى ان لا يملك
الشرا لغيره قال **فلو اشتراه بغير**
النقود او بخلاف ما سمي له من الثمن وقع
للوكيل لانه خالف امره فينفذ عليه فينعزل
في ضمن المخالفة وكذا لو وكل هذا الوكيل
رجلا فاشتراه وكيله وهو غايب كان الملك
للوكيل الاول لما قلنا وان اشتراه بحضرته
ينفذ على الموكل الاول لانه حضره رايه
وهو المقصود فلم يكن مخالفا ولانه اذا كان
حاضرا لم يكن نقل كلامه اليه على ما ذكرنا في النكاح
بخلاف ما اذا كان غايبا بخلاف الوكيل
بالطلاق او العتاق اذا وكل غيره فطلق الوكيل
الثاني او اعتق بحضرة الاول حيث لا ينفذ
وان حضره رايه لان الوكيل في الطلاق
والعتاق كالرسول فلا يتصرف من عنده
بشيء بل يبلغ الرسالة فاذا تصرف فقد
خالف فلا ينفذ والوكيل بالبيع والشراء

بمنزلة المالك وهو اصيل فيه فله ان يتصرف ولهذا لو فعل ذلك غيره من غير توكيل منه فاجازه الوكيل جاز وفي الطلاق والعتاق لم يجز والنكاح والخلع والكتابة كالبيع والشرا فيما ذكرناه قال وان كان بغير عينه فالشرا للوكيل الا ان ينوي للموكل او يشتريه بماله اي ان وكله بشرا عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا اذا قال نويت الشرا للموكل او يشتريه بماله اي ان يضيف العقد الثمن وهذه المسالة على وجوه اما ان يضيف العقد الى ثمن معين او الى مطلق من الثمن فان اضافه الى معين كان المشترى لصاحب ذلك الثمن لان الظاهر ان يضيف الشرا الى مال من يشتريه له وهذا لان الثمن وان كان لا يتعين لكن فيه شبهة التعين من حيث سلامة المبيع به وتعين قدره ووصفه ولهذا لا يطيب له الربح اذا اشترى ~~بالقيمة~~ بالدراهم المغصوبة ودينه يمنعه من ان يشتريه لنفسه باضافة العقد الى مال غيره لان ذلك مستنكر شرعا وعرفا فيكون المشترى لمن يملك ذلك الثمن وان نوى خلاف

والمراد بقوله او يشتريه بماله صح

مستنكر شرعا وعادة فلا يرتكبه وقد جرى العرف فيما اذا اشترى لنفسه ان يضيف العقد الى ماله وهو ليس صح

ذلك

ذلك الثمن وان نوى خلاف ذلك جريا على مقتضى العرف والشرع ثم اذا انتقد من مال الموكل فيما اشتراه لنفسه يجب عليه الضمان وان اضافه الى ثمن مطلق فلا يخلو اما ان يكون حالا واتفقا على وجود النية لاحدهما كان لمن نوى له لان الثابت باتفاقهما كالثابت عيانا واتفاقهما حجة عليهما ولا يلتفت الى النقد ولا عبرة به في هذه الحالة لان له ان يشتري لنفسه وللموكل فاذا عينه بنيته فقد تعين ويكون بالنقد من مال الموكل غاصبا فيما اذا نواه لنفسه وان اختلفا في النية يحكم النقد بالاجماع لان دلالته على التعيين مثل دلالة اضافة الشرا اليه لان الظاهر ان يفعل ما يجوز له شرعا ويجري على عوائده وان اتفقا على انه لم يحضره النية فعند محمد رحمه الله هو للعاقد لان ما يطلقه الانسان من التصرفات يكون لنفسه فصار كالمامور بالحج اذا اطلق ولم ينو انه للمحجوج عنه وعند ابي يوسف رحمه الله يحكم النقد لان المطلق يحتمل التقييد بنفي موقوفا فان ادى الثمن من ماليه فقد عين المحتمل به فصار كحالة التكاذب بخلاف المامور بالحج فان الحج عبادة وهو لا يتادى الا بالنية فكان مامورا بان

حالا او مؤجلا فان كان حالا فلا يخلو اما ان تصادقا على وجود النية لاحدهما او على عدمها او يختلفا فيه فان كان صح

ينوي الحج عن المحجوج عنه فاذا لم ينو فعل
كان مخالفا واما المعاملات فالنية ليست
بشرط فيها فلا يصير بتركها مخالفا فيبقى
الحكم موقوفا على النقد والتوكيل بالاسلام
في الطعام على هذه الوجوه حتى يحكم اداء الامانة
فيكون السلم فيه لمن اضيف عقد السلم
الى ماله ثم النية فتكون لمن نوى له بالعقد
ان تصادقا على النية وان تكاذبا فيحكم النقد
وان تصادقا على انه لم تحضره النية فعلى الخلاف
الذي ذكرنا ومن مشايخنا رحمهم الله من قال
لا خلاف بين ابي يوسف رحمه الله ومحمد
في الشرا فيما اذا تصادقا على انه لم تحضره
~~النية فعلى الخلاف الذي ذكرنا ومن مشايخنا~~
~~رحمهم الله من قال لا خلاف بين ابي يوسف~~
~~رحمه الله ومحمد في الشرا فيما اذا تصادقا~~
على ان النية لم تحضره بل بالاجماع يكون
للعاقد وانما الخلاف في السلم لان للنقد
فيه اثرا في تنفيذ العقد فيستدل به على
وقوعه لمن نقد من ماله بخلاف الشرا
ففرق هذا القائل لابي يوسف بهذا الفرق
وان كان الثمن مؤجلا فهو للوكيل لان النقود
تتعين في الوكالة فاذا اشترى بثمن مؤجل
لم يضف العقد الى ما تعلقت به الوكالة

فيكون مخالفا فالك وان قال اشتريت
للامر وقال ~~اشتريت لك عبدا وقال~~
الامر اشتريته لنفسك فالقول للامر وان
كان دفع اليه الثمن فللمامور معناه امره
بان يشتري له عبدا بالف مثلا ثم قال
المامور اشتريته لك عبدا وقال الامر
اشتريته لنفسك كان القول قول الامر
ان لم يكن الثمن مدفوعا الى الوكيل وان
كان مدفوعا اليه كان القول للمامور
وهذه المسالة على ثمانية اوجه اما ان
يكون مامورا بشرا عبد بعينه او بغير
عينه وكل وجه على وجهين اما ان يكون
الثمن منقودا او غير منقود وكل وجه على
وجهين اما ان يكون العبد حيا حين اخبر
الوكيل بالشرا او ميتا فان كان مامورا
بشرا عبد بعينه فان اخبر بشرائه
والعبد حي قائم فالقول للمامور اجماعا
منقودا كان الثمن او غير منقود لانه
اخبر عن امر يملك استينافه والمخبر به
في التحقق والثبوت يستغني عن الاشهاد
فيصدق كقوله لمطلقته راجعتك وهي
في العدة وكذبته فان القول له وبهذا وقع
التفصي عن الولي اذا اقر على موليته بالنكاح

حيث لا يثبت النكاح عند ابي حنيفة
رحمه الله لانه لا يملك انشاه شرعا
لعدم الشهود اذ هو لا يثبت الا بشهود
بخلاف الشرا فانه يقدر على انشائه
شرعا بدون الاشهاد وان العبد
ميتا حين اخبر فقال هلك عندي
بعد الشرا وانكر الموكل فان كان الثمن
غير منقود فالقول للامر لانه اخبر عما لا
يملك استينافه لان الميت ليس بمحل
لانشا العقد فيه ولغرمه الرجوع بالثمن
والآمر منكر فكان القول لقوله وان كان
الثمن منقودا فالقول للمامور مع يمينه
لان الثمن كان امانة في يده وقد
ادعى الخروج عن عهدة الامانة
من الوجه الذي امره به فكان القول
له وان كان العبد بغير عينه فان
كان حيا فقال المامور اشتريته
لك وقال الآمر لا بل اشتريته لنفسك
فان كان الثمن منقودا فالقول للمامور
لانه يخبر عما يملك استينافه وان لم يكن
منقودا فالقول للامر عند ابي حنيفة
رحمه الله وعندهما القول للمامور لانه
اخبر عما يملك استينافه فصح كما في المعين

وعند ابي حنيفة رحمه الله القول للآمر
لانه موضع التهمة بان اشتراه لنفسه
فاذا راى الصفقة خاسرة الزمها الآمر
بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه
امين فيه فيقبل قوله في الخروج عن
العهدة وفي ضمنه يكون العبد للآمر تبعا
وكم من شي يثبت ضمنا وتبعا وان لم يثبت
قصدا او بخلاف ما اذا كان العبد معينا
لانه لا يملك ان يشتريه لنفسه بذلك
الثمن حال حضرة الموكل على ما بينا
من قبل فحاصله ان الثمن ان كان منقودا
فالقول للمامور في جميع الصور وان
كان غير منقود ينظر فان كان الوكيل
لا يملك الانشا بان كان ميتا فالقول للآمر
وان كان يملك الانشا فالقول للمامور
عندهما وكذا عند ابي حنيفة رحمه الله في
غير موضع التهمة وفي موضع التهمة القول
للآمر قال **وان قال بعني هذا لفلان**
فباعه ثم انكر الآمر اخذه فلان اي رجل
قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فاني
اشتريه له فباعه ثم انكر المشتري
ان يكون فلان امره فقال فلان انا
امرته فانه ياخذه لان قوله بعني

لفلان اقرار منه بانه وكله فاذا انكر
الوكالة بعد صار مناقضا فلا يسمع
قوله فيكون العقد للموكل قال الا ان
يقول لم امره به اى الا ان يقول
فلان المشترى له لم امره بالشرا فحينئذ
لا ياخذه بل يكون للمشترى لان اقرار
المشترى ارتد برده والاقرار مما يرتد
بالرد فيتقيد على المشترى لان الشرا
اذا وجد نفاذا لا يتوقف بل ينفذ
على المشترى قال الا ان يسلمه المشترى
اليه اى الى فلان المشترا له فيكون له
بالتسليم لان اقراره الاول قد ارتد
بالرد وصار ملكا للمشترى فاذا سلمه
بعد ذلك الى فلان المشترى له واخذه
انعقد بينهما بيع جديد بالتعاطى فتكون
العهدة عليه لانه صار مشتريا بالتعاطى
كمن اشترى لغيره شيئا بغير امره حتى لزمه
ثم سلمه المشترى الى المشترى له ودلت
المسالة على ان التسليم على وجه البيع
يكفى لانعقاد البيع بالتعاطى فى الخسيس
والنفيس وان لم يوجد نقد الثمن للعرف
ولوجود التراضى به وهو المعتبر فى باب
المعاوضات المالية لقوله تعالى الا ان

تكون

٣٤٧

تكون تجارة عن تراض قال وان امره
بشرا عبدين معينين ولم يسم ثمنا فاشترى
له احدهما صح لان التوكيل مطلق غير
مقيد بثمن مقدر فيجوز ان يشترى
كل واحد منهما بقدر قيمته من الثمن او اقل
او بزيادة يتغابن الناس فى مثله
وليس له ان يشترى بما لا يتغابن
الناس فيه لان الوكيل بالشرا ليس له
ان يشترى بغبن فاحش بالاجماع بخلاف
الوكيل بالبيع عند ابى حنيفة على ما
يجى من الفرق بينهما له وبخلاف ما اذا
قدر له ثمنهما فان ذلك فيه خلاف فى بعض
صوره على ما يجى وهى المسالة التى تلى هذه
المسالة ولانه قد يتعذر الجمع بينهما الا
بما يتغابن الناس فى مثله فيكون شراء
احدهما حيلة لتحصيلهما فوجب القول
بالنفاذ قال وبشرائهما بالف وقيمتهما
سوا فاشترى احدهما بنصفه او اقل
صح وبالاكثر لا الا ان يشترى الباقى بما
بقى قبل الخصومة اى لو وكله بشرا العبدين
بالف وقيمتهما سوا فاشترى احدهما
بنصفه او اقل جاز الشرا وباكثر من نصف
الالف لم يجز يعنى لم يلزم الامر قلت

الزيادة او كثرت لانه قابل الالف بالعبدين
وقيمتهما سوا فتنقسم عليهما نصفين دلالة
فيكون امرا بشرا كل واحد منهما بخمسماية
ضرورة فالشرا بخمسماية موافقة وباقل
منها مخالفة الى خير وباكثر منها الى شر
فلا يلزم الموكل الا ان يشتري الباقي
بما بقي من الالف قبل ان يختصما استحسانا
لان غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين
بالف قد حصل وما ثبت الانقسام الا
دلالة والصريح بفوتها فلا تعتبر معه
عند تعارضهما وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما
ان اشترى احدهما باكثر من نصف
الالف بما يتغابن الناس في مثله وقد
بقي من الالف ما يشتري بمثله العبد
الباقي فهو جائز لان التوكيل حصل مطلقا
بلا تقدير ثمن كل واحد منهما بخمسماية والمطلق
يحمل على المتعارف وهو الشرا بالقيمة او
بزيادة يسيرة قدر ما يتغابن الناس
فيه ولكن غرضه تحصيل العبدين بالالف
فلا بد من ان يبقى من الالف قدر ما
يشتري بمثله الباقي لتحصيل غرضه
قال وبشرا هذا بدين له عليه فاشترى

صح

صح ولو غير عين نفذ على المامور اي لو كان
له دين على شخص فوكل الداين المديون
بان يشتري له هذا العبد بذلك الدين
فاشترى جاز ولزم الموكل ولو
وكله بشرا عبد غير معين فاشترى
لا يكون للامر بل ينفذ على المامور حتى
لو مات عند المامور مات من مال
المامور والالف عليه فان قبضه الامر
فهو له وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا هو لازم للامر في الوجهين وعلى هذا
اذا قال الداين للمدين اسلم الدين الذي
لي عليك الى فلان جاز وان لم يعين
فلانا لم يجز عنده وعندهما يجوز كيف
ما كان وكذا لو امره بان يصرف ما
عليه من الدين واصله ان التوكيل بالشرا
اذا اضيف الى الدين لا يصح عند ابي حنيفة
اذا لم يكن البايع او المبيع متعينا وعندهما
يصح كيف ما كان لهما ان النقدين لا
يتعينان في العقد وصارت عينا كانا او دينا
ولهذا لو اشترى شيا بدراهم على المشتري
ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل الشرا ويجب
عليه مثله فاذا لم يتعين صار الاطلاق
والتقييد به سواكما في غير الدين حتى اذا

وكله بان يشتري عبدا ولم يعين الالف ولا
البايع ولا المبيع جاز التوكيل فكذا هذا فصار
كما لو قال تصدق بما لي عليك من الدين
على المساكين فانه يجوز وكذا لو آجر حماما
باجرة معلومة وامر المستاجر ان يشتري
بالاجرة عبدا يسوق الدابة وينفق
على الدابة فصار نظير ما لو كان البايع
او المبيع متعينا ولابي حنيفة رحمه الله
ان النقود تتعين في الوكالات ولهذا
لو قيدها بالعين منها او بالدين منها ثم
هلك العين واسقط الدين بطلت الوكالة
فاذا تعينت فيها كان هذا تمليك الدين
من غير من عليه الدين وذلك لا يجوز الا
اذا وكله بقبضه له ثم بقبضه لنفسه
وتوكيل المجهول لا يجوز فكان باطلا كما
اذا اشترى بدين على غير المشتري او
يكون امرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض
قبله وذلك باطل كما اذا قال اعط مالي
عليك من شئت بخلاف ما اذا عين البايع
لانه يصير وكيلا عنه بالقبض وهو معلوم
فيصح لتعيينه فيصير البايع اولا قابضا له
ثم يتملكه وبتعيين المبيع تعيين البايع
فكان به معلوما وبخلاف ما اذا امره

بالتصدق

بالتصدق لانه جعل المال لله تعالى وهو معلوم
ولان الفقير يتنصب نائبا عن الله تعالى
في قبض حقه والله تعالى يحيط بكل شيء علما
فيكون الفقير الذي يقبضه له معلوما
فيصح واما مسالة الحمام ونحوها فقيل هو
قولهما ولئن كان قول الكل فانما جاز
باعتبار الضرورة لان المستاجر لا يجد
الاجير في كل وقت فاقيم الحمام مقام الموجر
في القبض واما مسالة التصادق بان لا دين
عليه بعد الشراء فلان النقود لا تتعين
في البيع دينا كانت او عينا فاذا لم تتعين
لا يبطل البيع ببطلان الدين اذ لم يتقيد
به بخلاف الوكالة فان النقود تتعين فيها
وكلامنا فيها وذكر في النهاية ان النقود
لا تتعين في الوكالة قبل القبض بالاجماع وكذا
بعده عند عامتهم لان الوكالة وسيلة
الى الشراء فتعتبر بالشراء وعزاه الى الزيادات
والذخيرة فعلى هذا لا يلزمهما ما قاله ابو حنيفة
رحمه الله والتعليل الصحيح له ان يقال ان
تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز
فكذا التوكيل به وانما جاز في المعين لكونه
امرا له بالقبض ثم بالتمليك لا توكيلا للدين
بالتمليك وان لم يكن معينا لا يصح الامر



للمجهول فكان توكيلا للمديون بالتمليك فى الاسلام والشرا الصرف فلا يجوز لما ذكرنا فاذا اسلم يبيع التوكيل عنده نفذ الشرا على المامور حتى اذا هلك بعد القبض يهلك من ماله الا اذا قبضه الامر منه فحينئذ ينعقد البيع بينهما بالتعاطى فيكون للامر قال وبشرا امة اى وكله بشرا امة بالف دفع فاشترى فقال اشتريت بخمسماية وقال المامور بالف فالقول للمامور يعنى اذا كانت الامة تساوى الفا لانه امين ادعى الخروج عن عهدة الامانة والامر يدعى عليه حق الرجوع بخمسماية والمامور ينكر فكان القول قوله وان كانت تساوى خمسماية لا تلزم الامر لانه خالف امره اذ الامر تناول امة تساوى الفا فينفذ على المامور ولان فيه غبنا فاحشا فلا يلزم الامر لان المامور لا يملك ان يخالف الامر ولا ان يشترى بغبن فاحش ولا فرق فى ذلك بين ان يشتريها بالف دفع فاشترى فقال اشتريت بخمسماية والمامور ينكر فكان القول قوله وان كان تساوى خمسماية لا تلزم الامر لانه خالف امره اذ الامر تناول امة تساوى الفا فينفذ على المامور ولان فيه غبنا فاحشا فلا يلزم الامر لان المامور لا يملك ان

يخالف

يخالف الامر ولا ان يشترى بغبن فاحش ولا فرق فى ذلك بين ان يشتريها بالف او بخمسماية لما ذكرنا انه خالفه قال وان لم يدفع فللامر اى ان لم يدفع الامر الالف الى المامور والمسالة بحالها كان القول للامر وتلزم الامة المامور ومراده فيما اذا كانت قيمة الامة خمسماية فظاهر لما ذكرنا من المخالفة والغبن الفاحش وان كانت قيمتها الفا فمعناه انهما يتحالفان لانهما اختلفا فى مقدار ما يجب للوكيل على الموكل وقد جرى بينهما مبادلة حكمية على ما بينا من قبل ثم اذا حلفا ينفسخ العقد بينهما وتلزم الجارية المامور لانتقاض ملك الامر بالفسخ قال وبشرا هذا اى وكله بشرا هذا العبد ولم يسم ثمنا فقال المامور اشتريته بالف وصدقه البايع وقال الامر بنصفه وهو خمسماية تحالفا لانهما اختلفا فى مقدار الثمن وليس لهما بينة فوجب المصير الى التحالف كما فى المسالة الاولى وقيل لا يتحالفان هنا لان الخلاف يرتفع بتصديق البايع اذ هو حاضر فيجعل تصادقهما بمنزلة انشا العقد فى الحال وفى المسالة الاولى هو غايب فاعتبر الاختلاف والى هذا مال الفقيه

ابو جعفر وقال قاضي خان وهو اصح وقال
ابو منصور الى الاول لما ذكرنا وقول البايع
لا يعتبر لانه ان استوفى الثمن فهو اجنبي
عنهما وان لم يستوف فهو اجنبي عن
الامر فلا يسد خلله بينهما وقال في
الهداية وهو اظهر وقال في الكافي هو الصحيح
وقد نص محمد في الجامع الصغير ان القول
للمامور مع يمينه قالوا ومراده التحالف
لكنه اكتفى بذكر يمين الوكيل لان الوكيل
هو المدعي ولا يمين على المدعي الا في صورة
التحالف فكان المقصود بالتحالف يمين
المدعي دون المنكر اذ ذاك لا بد منه
والموكل بمنزلة المشتري وهو منكر ولولا
مراده التحالف لكان القول قول الآمر
لكونه منكرا فكان باخذ المبيع بما ادعى
من الثمن اذا حلف ولم يذكر يمين المامور
هكذا ذكره المشايخ رحمهم الله لان فيه
اشكالا لانه وان كان يدل على ما ذكروا
من حيث المعنى لكن لفظه لا يدل على ذلك
ولا على الاول فان قوله ان القول للمامور
مع يمينه يدل على ان المامور يصدق فيما
قال وفي التحالف لا يصدق واحد منهما
ولو كان مراده التحالف لما قال ذلك وهذا

فيما

فيما اتفقا على انه امره ان يشتريه له
بالف وان اختلفا فيه فقال الامر
امرتك ان تشتريه لي بخمسماية وقال
المامور امرتني بالشرا بالف فالقول قول
الآمر مع يمينه لان الامر يستفاد من
جهته فيكون القول قوله ويلزم
العبد المامور لمخالفته فان اقاما البينة
فالبينة بينة الوكيل لانها اكثر اثباتا
قال وبشرا نفس الآمر من سيده بالف
فقال لسيده اشتريته لنفسه فباعه
على هذا عتق وولاؤه لسيده وان قال
اشتريته فالعبد للمشتري والالف لسيده
وعلى المشتري الف مثله اي لو وكل العبد
رجلا ليشتري نفسه من سيده بالف والآمر
هو العبد ودفع الالف الى الوكيل فقال
الوكيل لسيده وقت الشرا انا اشتري
عبدك لنفسه فباعه على هذا عتق
وولاؤه لسيده وان قال الوكيل اشتريته
ولم يبين انه يشتريه لنفس العبد كان العبد
ملكا للوكيل وهو المشتري والالف الذي
اخذه من العبد ودفعه الى المولى كان للمولى
فيهما مجانا ويجب على المشتري او على
المعتق الالف وامثله ان يبيع العبد من

نفسه اعتاق على مال وشراء العبد نفسه
قبول الاعتاق ببدل لان اعتباره بيعا حقيقة
غير ممكن اما لان العبد ليس باهل للملك
او لاستحالة ان يملك نفسه فجعل مجازا عن
الاعتاق لوجود ازالة الملك فيه كالبيع
فاذا اشتراه الوكيل للعبد صار البائع معتقا
فيلزمه الولا والوكيل بالقبول سفير
ومعبر عنه فلا ترجع الحقوق اليه واذا اطلق
الوكيل ولم يبين للمولى ان يشتريه
لنفس العبد يقع العقد للوكيل لان ظاهر
هذا اللفظ للبيع فلا يعدل عنه الى العتق
بغير علم المولى ولعله لا يرضى به لما
فيه من لزوم الولاء وعقل جنايته فلا
يكون الشرا للعبد بخلاف الوكيل من غير العبد
حيث يدخل في ملك الموكل بالشرا من غير ان
يبين للمولى ان يشتريه لموكله لان حكم
العقد فيه لا يختلف بين ان يكون له او لموكله
اذ الكل بيع والوكيل اصيل فيه في الحالين حتى
يتعلق به الحقوق في الحالين فلا يحتاج فيه
الى البيان وهنا احدهما اعتاق متعقب للولاء
ولا يتعلق به الحقوق بالوكيل والاخر بيع واحكامه
خلاف العتق فلا يدل رضاه باحدهما على
الرضى بالاخر فلا بد من البيان فاذا لم يبين

ثبت

ثبت الملك للوكيل والالف للمولى لانه
كسب عبده وعلى المشتري او على العبد
اذا اعتق الف مثلها ثمنا او بدل العتق
لان الادا قد بطل لاستحقاق المولى ما
اداه بجهة اخرى وهو انه كسب
عبده فكان ملكاله قبل الشرا وقبل
العتق فلا يصلح ملكه بدلا عن ملكه
ثم اذا لم يبين يرجع المولى بالثمن
على الوكيل لانه العاقد والمالك
للعبد فترجع الحقوق اليه وان بين
انه يشتريه للعبد فقد ذكر محمد
في باب الوكالة بالعتق من كتاب
الوكالة ان العتق يقع والمال على
العبد دون الوكيل وذكر في وكالة الماذون
والمكاتب من كتاب الوكالة وفي وكالة الجامع
الكبير ان العبد يعتق والمال على الوكيل
لان توكيله بشرا العبد للعبد كتوكيله
بشرائه لغيره فيطالب ببدله الوكيل
والصحيح الاول لان وكيل العبد في العتق
سفير ومعبر ولفظ البيع يكون مجازا
عن العتق لتعذر اعتبار معنى البيع
حقيقة وهذا لا يستغنى عن اضافته
الى العبد لا مرسله فلا يتعلق بالوكيل

حقوقه فيطالب الامر كما اذا كان الآمر
ببيع نفس العبد من العبد هو المولى
حيث يكون الطلب بالبدل الى المولى
دون الوكيل لما قلنا قال وان قال
لعبد اشتر لي نفسك من مولاك
فقال للمولى بعني نفسي لفلان فهو للامر
وان لم يقل لفلان عتق اي اذا قال الرجل
لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال
الرجل لمولاه بعني نفسي لفلان فباعه
المولى على هذا الشرط كان العبد ملكا
للآمر وان اطلق العبد بان قال بعني
ولم يقل لفلان عتق وامثله ان العبد
يصلح ان يشترى نفسه لنفسه ولغيره
بطريق الوكالة لان جواز الشرا باعتبار
المالية والعبد اجنبي عن نفسه في حكم
المالية الا ان البايع لا يملك حبس العبد
حتى يستوفي البدل لان العبد في يد نفسه
فيكون قابضا لنفسه بمجرد العقد سواء
اشتراه لنفسه او لغيره اذا ثبت هذا
فنقول اذا اضاف العقد الى الموكل كان
ملكا للموكل واذا اضاف الشرا الى نفسه
بان قال بعني نفسي لنفسي عتق لما ذكرنا
ولا يقال ان العبد وكيل بشراء شي معين

كالمودع اذا اشترى الوديعة لا يكون للبايع حبس المبيع لوجود القبض بمجرد العقد صح

فوجب

فوجب ان لا يجوز له شراوه لنفسه لانا
نقول انه يجنس اخر من التصرف لان بيع
العبد من نفسه اعتاق على مال وشراوه
قبول العتق فيكون مخالفا فينفذ عليه لان
الوكيل بشراء شي معين ينفذ عليه عند المخالفة
على ما بينا من قبل وان اطلق بان قال
بعني نفسي ولم يقل لي ولا لفلان عتق
ايضا لان المطلق يحتمل الوجهين
فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف
واقعا لنفسه ولا يقال ان البيع حقيقة
فيه والعتق مجاز فينبغي ان يحمل على الحقيقة
عند التردد اذ الحمل على الحقيقة هو الاصل
باتفاق العلما لانا نقول الاصل ان الانسان انما
يتصرف لنفسه فتعارض الاصلان
فتساقطا فيرجع الى غرض المولى فانه
لما اختلف التصرفان في الظاهر ان المولى
يريد الاعتاق اذ بيع العبد من نفسه مطلقا
اعتاق واقتصاره على اضافته الى العبد
دليل عليه ولا يرضى بخروجه عن ملكه
الا الى الحرية ليثبت له الولا عليه
ثم الثمن مما يكون في ذمة العبد في الوجهين
دون ذمة الامر اما اذا وقع الشرا له فظاهر
واما اذا وقع للامر فلانه هو المباشر للعقد

فيرجع اليه الحقوق فيطالب بالثمن ويرجع
هو به على الامر ولا يطالب العبد بشي
محجور عليه والوكيل اذا كان محجورا عليه لا يرجع
الحقوق اليه لانا نقول ان المحجور عليه انما
بالعقد الذي باشره مقترنا باذن
المولى ثم اذا كان الشرا للامر فلا بد من
قبول العبد لانه بيع فلا ينعقد الا
بالايجاب والقبول وان وقع للعبد يكتفي
بقول المولى بعت ولا يحتاج فيه الى قبول
العبد بعد قوله بعني نفسي لانه اعتاق
فيستبد به المولى بنا على ان الواحد
يتولى طرفي العقد في العتق كالنكاح ولا
يتولى طرفي العقد في البيع **فصل**
قال **الوكيل بالبيع والشرا لا يعقد مع
من ترد شهادته له** وذلك مثل قرابة
الولاد واحد الزوجين للاخر وعبيده وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجوز بيعه منهم
بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه لان
التوكيل مطلق ولا تهمة فيه لان الاملاك متباينة
والمنافع منقطعة فصار كالمضارب بخلاف
عبده ومكاتبه لان ملكه ملك له وله في
مال مكاتبه حق وينقلب حقيقة بالعجز
فيكون بيعا من نفسه او تمكنت شبهة

بخلاف

وبخلاف الغبن الفاحش ولابي حنيفة رحمه
الله ان مواضع التهم مستثناة عن الوكالات
وهذه مواضعها لان المنافع بينهم
متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه
فلا يجوز ولهذا لا تقبل شهادته لهم وتباين
الاملاك لا يمنع الاتصال من وجه اخر
بخلاف المضاربة لان المضارب كالمتصرف
لنفسه من وجه الا ترى ان رب
المال لا يملك نهيه عن التصرف بعد ما
صار المال عروضا وانه شريكه في الربح
فلا يلحقه التهمة في البيع بمثل القيمة لانه
بمنزلة من يبيع مال نفسه على انه عند
بعضهم هو كالوكيل فلا يجيزوا ايضا يجوزوا فيهما البيع لهم
بمثل القيمة فعلى هذا ان يمنع قالوا هذا
اذا لم يطلق له الموكل واما اذا اطلق له بان
قال له الموكل بع ممن شئت فحينئذ يجوز بيعه
بمثل القيمة وذكر في النهاية ان الوكيل بالبيع
اذا باع ممن لا تقبل شهادته له ان كان
باكثر من القيمة يجوز بلا خلاف وان كان باقل
من القيمة بغبن فاحش لا يجوز بالاجماع
وان كان بغبن يسير فلا يجوز عند
ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز وان
كان بمثل القيمة فعن ابي حنيفة رحمه الله

المراد هنا من الاطلاق التعميم لا السكوت

روايتان في رواية الوكالة والبيوع لا يجوز
وفي رواية المضاربة يجوز وبيع المضارب
وشراؤه ممن لا تقبل شهادته على هذا
التفصيل الا انه اذا كان بمثل القيمة يجوز
منا عنده باتفاق الروايات وفي الوكيل
روايتان وقد بينا الفرق على احداهما
على احديهما وعلى هذا الخلاف الاجارة
والصرف والسلم ذكرها قال ويجوز
بيعه بما قل او كثر وبالعرض والنسيئة يعني
الوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير
الى اخره وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم
الله لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس
في مثله ولا يجوز الا بالدراهم حالة او الى
اجل متعارف لان مطلق الوكالة يتقيد
بالمتعارف والتصرفات لدفع الحاجات
فيتقيد التوكيل بها بمواقعها والمتعارف
البيع بثمن المثل وبالنقود حالة او مؤجلة
باجل متعارف بين الناس وبيع ما يساوي
الفا بعشرة او بمائة سنة غير متعارف
فيتقيد بالمعتاد ولهذا يتقيد التوكيل
بشراء الاضحية والفحم والجمد بايام الحاجة
من تلك السنة ولان البيع بغبن فاحش

بيع

355

بيع من وجه هبة من وجه ولهذا لو صدر
من المريض اعتبر من الثلث ولا يملكه
الاب والوصي فصار كالوكيل بالشراء
والبيع بالعرض شراء من وجه الوكيل بالبيع ولم يوكله
به ولا بالهبة فلا يدخل تحت الامر
بالبيع ولابي حنيفة رحمه الله ان التوكيل
بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير
موضع التهمة وهذا لان البيع هو مبادلة
المال بالمال مطلقا من غير تقييد بنقد
او بقيمة والبيع بالغبن الفاحش او بالعرض
او بالنسيئة اذا المرتكن في لفظه ما ينفي
ذلك كقوله بعه واقض به ديني او للنفقة
ويكون ذلك متعارف عند شدة الحاجة الى
الثمن والتضجر من العرض فلم يخرج من
ان يكون بيعا في العرف ولا في الحقيقة
ولهذا لو حلف ان لا يبيع يحنث به ويستحق
الكل بالشفعة واليمين تنصرف الى المتعارف
كالوكالة ولا شفعة في الهبة واما لا
يملكه الاب والوصي لان ولايتهما مقيدة
بشرط النظر ولا نظر في الغبن الفاحش
وحق الورثة تعلق بالمالية في مرضه
فلا يكون له ابطاله فيما زاد على الثلث
والوكيل بالشراء متهم لاحتمال انه اشتراه

لنفسه ولما راى الصفقة خاسرة نسبها
اليه ولا يكون ذلك في البيع فلا تهم والمسايل
المستشهد بها ممنوعة على قول ابي حنيفة
رحمه الله والمقايضة بيعٌ من كل وجه[7]
لان كل واحد منهما يبيع ماله ويشتري
مال الاخر ولا تهمة فيه لعدم احتمال
الشرا لنفسه فيجوز بالقليل والكثير
بخلاف الوكيل بشراء شيء بعينه حيث لا
يكون له ان يشتريه للموكل بالغبن الفاحش
وان كان لا يملك شراءه لنفسه لانه
بالمخالفة فيه يكون مشتريا لنفسه
فكانت التهمة فيه باقية والوكيل
بالنكاح اذا زوجه باكثر من مهر مثلها
جاز لعدم التهمة قال وتقييد شراؤه بمثل
القيمة وزيادة يتغابن الناس فيها وهو
ما يدخل تحت تقويم المقومين اي تقييد شراء
الوكيل بمثل القيمة حتى لا يجوز شراؤه بالغبن
الفاحش وهذا بالاجماع والفرق لابي
حنيفة رحمه الله قد ذكرناه وفرق اخر
ان الامر بالبيع يلاقي ملك نفسه وفي الشراء
ملك غيره وله في ملك نفسه ولاية مطلقة
فاعتبرنا اطلاقه وليس له ولاية في ملك غيره
فلم يعتبر فحملناه على اخص الخصوص وهو

[7] شراءٌ من كل وجه

الشراء بالنقد وبمثل القيمة فيتقيد بها ولان اعتبار الاطلاق في الشراء غير ممكن فوجب حمله على ما ذكرنا لانه لو لم يحمل عليه لاشتراه بجميع ما يملكه الموكل وزيادة فيلحقه بذلك ضرر عظيم والوكيل بالبيع لا يقدر على ذلك فامكن اعتبار الاطلاق الا ترى فيه فافترقا وكذا ليس له ان يشتري بمكيل او موزون غير النقدين دينا في الذمة لان التوكيل بالشراء يتقيد بالمتعارف وهو صح

الشرا

الشرا بالنقدين وقال زفر رحمه الله له
ذلك حتى لو اشتراه به ينفذ على الموكل
لانه شرا من كل وجه اذ الموصوف منه
ثمن بخلاف ما اذا كان معيّنا ثم قدّر الغبن
اليسير هنا بما يدخل تحت تقويم المقومين
وما لا يدخل تحت تقويم المقومين
فاحش لان القيمة تعرف بالحزر
والظن بعد الاجتهاد فيعذر فيما يشتبه
لانه يسير لا يمكن الاحتراز عنه
ولا يعذر فيما لا يشتبه لفحشه ولا
لامكان الاحتراز عنه لانه لا يقع في مثله
عادة الا عمدا وقيل حد الفاحش في العروض
نصف عشر القيمة وفي الحيوان عشر
القيمة وفي العقار خمس القيمة وفي الدراهم
ربع عشر القيمة لان الغبن يحصل لقلة
الممارسة في التصرف فكلما كانت الممارسة
فيه اقل كان الغبن فيه اكثر فيعفى
عن التفاوت بحسب الممارسة والصحيح
الاول وفي النهاية جعل هذا القدر
معفوّا وهو خلاف ما ذكره صاحب
الهداية والكافي وقيل لا يتحمل الغبن
اليسير ايضا وليس يبنى هذا كله اذا
كان سعره غير معروف بين الناس

ويحتاج فيه الى تقويم المقومين واما
اذا كان معروفا كالخبز واللحم والموز
والجبن لايتغابن فيه الناس وان قل
ولو كان فلسا واحدا قال ولو وكله
ببيع عبد فباع نصفه صح عند ابي
حنيفة رحمه الله لان اللفظ مطلق
عن قيد الاجتماع فيجوز مطلقا مجتمعا
ومتفرقا فصار كما لو وكله ببيع المكيل
والموزون ولانه لو باع كله بهذا القدر
من الثمن جاز عنده فبنصفه اولى ان يجوز
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز
لان فيه ضرر الشركة وهو غير معتاد
اذ هو عيب وينتقص به القيمة فلا يدخل
تحت الامر المطلق فلا يجوز الا ان يبيع
النصف الاخر قبل ان يختصما لان
بيع النصف قد يقع وسيلة الى
الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة
فيحتاج الى التفريق فيتبين ذلك
ببيع الباقي بعده بخلاف المكيل والموزون
لانه لا ضرر في تبعيضه ولا تنقص قيمته
بذلك قلنا ضرر الشركة اهون من
ضرر بيع الكل بنصف الثمن وقولهما
استحسان والقياس ما قاله ابو

حنيفة

حنيفة رحمه الله قال وفي الشرا يتوقف
ما لم يشتر الباقي اي في الوكيل بشرا العبد اذا
اشترى نصفه يتوقف شراؤه فان اشترى
باقيه قبل ان يختصما لزم الموكل والا لزم
الوكيل وهذا بالاجماع لان شرا البعض قد يقع
وسيلة الى الامتثال بان كان العبد بين
جماعة فلم يقدر على شراء كله دفعة
واحدة فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا
حتى يشتري الكل فاذا اشترى الكل
قبل رد الامر الشرا تبين انه وسيلة
فينفذ على الامر وان لم يشتر حتى رد
الشرا نفذ على المامور بخلاف الوكيل ببيع
العبد عند ابي حنيفة رحمه الله على ما
بينا والفرق له بينهما ان الشرا يتحقق
فيه التهمة دون البيع على ما مر بيانه
ولان الامر بالبيع يصادف ملكه فيصح
فيعتبر فيه اطلاقه والامر بالشراء
صادف ملك الغير فلم يصح فلم يعتبر فيه
الاطلاق والتقييد فيتوقف على شرا الباقي
ولا يقال ان الشرا لا يتوقف بل ينفذ على المشتري
فكذا هنا شرا النصف لا ينفذ على الوكيل لعدم
النفاذ عليه لانه انما ينفذ عليه اذا كان مخالفا
من كل وجه ولا على الامر لانه لم يوافق امره من كل

فكيف يمكن القول بالتوقف لانا نقول
انما لا يتوقف اذا وجد نفاذا على العاقد
واما اذا لم يجد فيتوقف كشراء العبد
والصبي المحجور عليهما لغيرهما بغير امره
فانه يتوقف على اجازة من اشتري
له لانه لم يجد نفاذا على المشتري صح

ورجه تقلنا بالتوقف فان اشترى باقيه
لزم الامر والا لزم المامور ولا فرق
فيه بين التوكيل بشراء العبد بعينه او
بغير عينه فلو اعتقه الآمر في زمن التوقف
نفذ عتقه عند ابي يوسف رحمه الله
ولا ينفذ عتق المامور وعند محمد
رحمه الله بالعكس لانه قد خالف فيما
امره به وانما توقف عليه من حيث
ان الخلاف يتوهم رفعه بان يشتري
الباقي فيرتفع الخلاف فقبل ان يشتري
بقي مخالفا فاذا اعتقه الآمر لم ينفذ
وابو يوسف يقول ان العقد موقوف على
اجازة الموكل الآمر لانه لو اجاز صريحا
نفذ عليه والاعتاق اجازة منه فينفذ عليه
ولا ينفذ اعتاق الوكيل لان الوكالة
تناولت محلا بعينه فلا يملك الوكيل شراءه
لنفسه ولم يتوقف على اجازته فلا ينفذ
اعتاقه هكذا ذكره في النهاية معزيا
الى الايضاح قال ولو رد المشتري
المبيع على الوكيل بالعيب ببينة او نكول
رده على الآمر وكذا باقراره فيما لا يحدث
مثله لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر
في النكول لعدم ممارسته المبيع فلزم الآمر

واقراره

واقراره ليس بحجة على الموكل وانما يرده
عليه اذا رد عليه باقراره بعيب لا يحدث
مثله لان القاضي يعلم ان العيب كان
في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا
الى الاقرار ولا الى البينة والنكول فحاصله
ان العيب لا يخلو اما ان لا يكون حادثا
كالسن الزائدة والاصبع الزائدة او
يكون حادثا لكنه لا يحدث مثله في مثل
تلك المدة او يحدث في مثلها فان كان
غير حادث رده القاضي بغير حجة من
بينة او نكول او اقرار وكذا اذا كان
حادثا لا يحدث في مثل هذه المدة رده لكنه
القاضي بغير بينة ولا نكول ولا اقرار
لعلمه بكونه عند البائع وتاويل اشتراط
البينة او النكول او الاقرار وكذا اذا كان
حادثا لكنه لا يحدث في مثل هذه المدة رده
القاضي بغير بينة ولا نكول ولا اقرار لعلمه
بكونه عند البائع وتاويل اشتراط البينة
او النكول او اقرار في الكتاب ان الحال
قد يشتبه على القاضي بان لا يعرف تاريخ
البيع فاحتاج الى هذه الحجة ليظهر التاريخ
او كان عيبا لا يعرفه الا الاطباء او النساء
وقولهم حجة في توجه الخصومة لا في الرد

فينتقض اليها للرد حتى لو كان القاضي
عاين البيع وكان العيب ظاهرا لا يحتاج
الى شي منها وان كان عيبا يحدث مثله
فكذلك الحكم ان كان ببينة او نكول لان
البينة حجة مطلقة وكذا النكول حجة
في حقه فيرده عليه ثم في هذه المواضع
كلها رد القاضي على الوكيل يكون ردا على
الموكل فان رده عليه في هذا النوع باقرار
بقضا القاضي لا يكون ردا على الموكل
لان الاقرار حجة قاصرة فلا يتعدى
بخلاف ما اذا كان مما لا يحدث مثله ولكن
له ان يخاصم الموكل فيرده عليه ببينة
او بنكوله وان رده عليه باقراره برضاه
من غير قضا فليس له ان يرده على الموكل
لانه اقالة وهي بيع جديد في حق ثالث
والموكل ثالثهما بخلاف ما اذا رده عليه باقراره
بقضا قاض لان الرد حصل بالقضا فكان مكرها
فانعدم التراضي وهو شرط في المعاوضة المالية
فجعل فسخا في حق الكل ولكن الفسخ استند الى
دليل قاصر وهو الاقرار فعملنا بهما فمن حيث
ان الرد فسخ كان للوكيل ان يخاصم الموكل ومن
حيث انه استند الى دليل قاصر لم يلزم
الوكيل الا ان يقيم حجة على الموكل وان كان العيب

غير حادث او كان حادثا الا انه لا يحدث
مثله في تلك المدة فرده على الوكيل باقراره
بغير قضا لزم الوكيل وليس له ان يخاصم
الموكل في عامة روايات المبسوط وذكر
في البيوع من المبسوط انه يكون ردا على الموكل
لانها تيقنا عين ما يفعله القاضي لو رفع
اليه اذ لا يكلفه القاضي الى اقامة البينة
ولا الى الحلف في هذه الصورة بل يرده
عليه بلا حجة فكان الحق متعينا في الرد قلنا
الرد بالتراضي بيع جديد في حق ثالث والموكل
ثالثهما ولا نسلم ان الحق متعين في الرد بل
يثبت حقه اولا في وصف السلامة ثم اذا عجز
ينتقل الى الرد ثم اذا امتنع الرد بحدوث
العيب او بزيادة حدث فيه ينتقل الى الرجوع
بالنقصان فلم يكن الرد متعينا وهكذا
ذكر الروايتين في شروح الجامع الصغير وغيرها
وبين الروايتين تفاوت كثير لان فيه نزولا
من اللزوم الى ان لا يخاصم بالكلية وكان الاقرب
ان يقال لا يلزمه ولكن له ان يخاصم قال
رحمه الله وان باع نسيئة فقال امرتك
بنقد وقال المامور اطلقت فالقول للامر
اي الوكيل بالبيع باع نسيئة فقال له الموكل
امرتك ان تبيعه بنقد وقال الوكيل امرتني

ببيعه مطلقا ولم تقل شيئا كان القول
قول الموكل لان مبنى الوكالة على التقييد
حتى لا يصح بدون بيان النوع بعد الجنس
او الثمن الا ترى انه لو قال وكلتك
ان تشترى لى دابة لا يصح ولو قال وكلتك
فى مالى ليس له الا الحفظ فاذا كانت مبنا[ها]
على التقييد وهو يستفاد من جهة الآمر كان
القول له كما اذا انكر الآمر اصلا قال ولو
في المضاربة المضارب اى باع المضارب نسيئة
فقال رب المال امرتك ان تبيعه بنقد
وقال المضارب اطلقت كان القول للمضارب
لان الاصل فى المضاربة الاطلاق والعموم الا ترى
انه يملك التصرف المعتاد من شرا وبيع وابضاع
وتوكيل واستيجار وايداع بذكر لفظة المضاربة
فقامت الدلالة على الاطلاق فمن ادعاه
فيها كان مدعيا لما هو الاصل فيها فكان القول
له لان الظاهر يشهد له بخلاف ما اذا ادعى
رب المال المضاربة فى نوع والمضارب
فى نوع اخر حيث يكون القول لرب المال لسقوط
الاطلاق باتفاقهما فاشبهت الوكالة التى
ليست فيها شايبة الشركة ثم مطلق الامر
بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة الى اجل متعارف
عندهما والى اى اجل كان عنده بخلاف المضاربة

حيث

حيث يتقيد باجل متعارف بين التجار على
ما يجى فى موضعه ان شا الله تعالى قال
ولو اخذ الوكيل بالثمن رهنا فضاع او
كفيلا فتوى عليه لا يضمن اى الوكيل
بالبيع فعل ذلك لا يضمن لانه اصيل فى
الحقوق وقبض الثمن منها والارتهان والكفالة
وثيقة لجانب الاستيفا فيملكهما ولان قبض
الرهن كقبض الثمن من حيث انه قايم مقامه
ثم الثمن كان امانة فى يده بعد القبض
فكذا الرهن بخلاف الوكيل بقبض الدين
حيث لا يملك اخذ الرهن ولا الكفيل لانه
يقبض نيابة عن الامر ولهذا لا يملك الابرا
ويملك الامر منعه ولا كذلك الوكيل بالبيع
ولولا انه اصيل فيه لكان مثله وفى النهاية
المراد بالكفالة هنا الحوالة لان التوى
لا يتحقق فى الكفالة وقيل الكفالة على حقيقتها
فان التوى يتحقق فيها بان مات الكفيل والمكفول
عنه مفلسين وهذا كله ليس بشى لان المراد
هنا توى مضاف الى اخذه الكفيل بحيث انه
لو لم ياخذ كفيلا لم يتو دينه كما فى الرهن
والتوى الذى ذكره هنا غير مضاف الى
اخذه الكفيل بدليل انه لو لم ياخذ كفيلا
ايضا لتوى بموت من عليه الدين وحمله

على الحوالة فاسد لان الدين لا يتوى فيها
بموت المحال عليه مفلسا بل يرجع به على
المحيل وانما يتوى بموتهما مفلسين فصار
كالكفالة والاوجه ان يقال المراد بالتوى
توى مضاف الى اخذه الكفيل وذلك يحصل
بالمرافعة الى حاكم يرى براءة الاصيل
عن الدين بالكفالة ولا يرى الرجوع على
الاصيل لموته مفلسا مثل ان يكون القاضي
مالكيا ويحكم به ثم يموت الكفيل مفلسا قال
ولا يتصرف احد الوكيلين وحده لان الموكل
رضي برايهما لا براي احدهما ولو كان البدل
مقدرا لان تقديره لا يمنع استعمال الراي
في الزيادة والنقصان وفي اختيار البائع والمشتري
ونحو ذلك وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الراي
وامكن اجتماعهما فيه وكان توكيلهما بلفظ
واحد واما ما لا يحتاج فيه الى الراي كالطلاق
والعتاق بغير عوض او لا يمكن الاجتماع
فيه كالخصومة جاز لاحدهما ان ينفرد
بالتصرف لانه رضي براي كل واحد منهما
على الانفراد وقت توكيله فلا يتغير ذلك بخلاف
الوصيين اذا اوصى الى كل واحد منهما
بكلام واحد لا ينفرد به احدهما وان كان احدهما
حرا بالغا عاقلا والاخر عبدا او صبيا محجورا

ان يتصرف فيه دون صاحبه وكذا اذا كان توكيلهما على التعاقب جاز لاحدهما ع

على حدة حيث لا يجوز لاحدهما ان ينفرد
بالتصرف في الاصح لان وجوب الوصية
بالموت وعند الموت صارا وصيين
جملة واحدة والوكالة حكم تثبت بنفس
التوكيل فاذا افرد كل واحد منهما بالعقد
استبد كل واحد منهما بالتصرف واذا وكلهما
بكلام ع

عليه

عليه لما ذكرنا ولو باع احدهما بحضرة صاحبه
فان اجازه صاحبه جاز والا فلا ولو كان
غائبا فاجازه لم يجز في قول ابي حنيفة
رحمه الله وان مات احدهما او ذهب
عقله لم يجز للاخر ان يتصرف وحده
لعدم رضاه برايه وحده قال الا في
خصومة وطلاق وعتاق بلا بدل ورد
وديعة وقضاء دين لان في هذه الاشياء
لا يحتاج فيها الى الراي والخصومة وان
كان يحتاج فيها الى الراي لكن اجتماعهما
في التكلم في مجلس القاضي متعذر لانه
يؤدي الى التلبيس على القاضي والى الشغب
والراي يحتاج اليه سابقا على الخصومة
ولا يشترط حضور صاحبه وقت الخصومة عند
عامتهم لانه لا يتعلق بسماعه الخصومة
ولو ساكت فائدة وطلاق الزوجة والعتق
بلا بدل لا يحتاج فيه الى الراي الا اذا قال طلقاها
ان شئتما او جعل امرها بايديهما فحينئذ يكون
تفويضا فيقتصر على المجلس لكونه تمليكا او
يكون تعليقا فيشترط فعلهما لوقوع الطلاق
لان المعلق بشيئين لا ينزل عند وجود
احدهما او على يد الوكال طلقاها جميعا
ليس لاحدهما ان يطلقها وحده ولا يقع

عليها طلاق احدهما ولو قال طلقاها جميعا
ثلاثا نطلقتها احدهما طلقته والاخر
طلقتين لا يقع ورد الوديعة لا يحتاج فيه
الى الراى فرد احدهما كردهما بخلاف ما
اذا وكلهما باستردادها حيث لا يكون
لاحدهما ان يقبضه بدون صاحبه
لان اجتماعهما فيه ممكن وللموكل فيه
غرض صحيح لان حفظ اثنين خير من
حفظ واحد فاذا قبضه احدهما ضمن
كله لانه قبض بغير اذن المالك اذ امره
تناولهما مجتمعين لا مفترقين فلم يكن
ماموراً في حالة الانفراد بقبض شئ منه
وقضاء الدين مثل رد الوديعة واقتضاؤ اى طلب الدين
مثل استرداد الوديعة قال ولا
يوكل الا باذن او باعمل برايك اى لا يوكل
الوكيل فيما وكل فيه الا ان ياذن له
الموكل او يقول له اعمل برايك لانه رضى
برايه ولم يرض براى غيره ولان المفوض
اليه التصرف دون التوكيل به فلا يملكه
بدون التفويض اليه بخلاف التوكيل في الحقوق
حيث يملكه بغير اذن الموكل لانه اصيل فيه
ولهذا لا يملكه الموكل ولا نهيه عنه ويملكها
فيما نحن فيه فلا يملك التوكيل بدون رضاه

واذا فوض اليه ووكل كان الثاني وكيلا عن
الموكل حتى لا يكون للاول ان يعزله ولا
ينعزل بموته وينعزلان بموت الموكل
وهو نظير استخلاف القاضي حيث لا يملكه
الا باذن الخليفة عامل المسلمين فلا
ينعزل به القاضي الذي ولاه هو او من
ولاه القاضي باذنه والموكل عامل
لنفسه فينعزل وكيله بموته لبطلان
حقه قال فان وكل بلا اذن الموكل
فعقد بحضرته او باع اجنبي فاجاز صح
اى ان وكل الوكيل بغير اذن الموكل فعقد
الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول او عقد
اجنبي فاجازه الوكيل الاول جاز
فيهما لان مقصود الموكل حضور رايه
وقد حصل به وكذا لو عقد الوكيل الثاني
بحضرة الوكيل الاول جاز من غير
اجازة منه لان المقصود وهو حضور
رايه قد حصل بنفس العقد باذنه
ولو قدر الاول الثمن للثاني جاز عقده
في غيبته لحصول المقصود باستعمال رايه
في تقديره الثمن بخلاف ما اذا وكل وكيلين
وقدر لهما الثمن حيث لا يجوز لاحدهما
ان يتصرف بدون صاحبه لانه تقديره

ثم لا ينعزل بعزل القاضي الاول ولا بموته
وينعزلان بعزل الخليفة لهما لكن لا
ينعزلان بموته والفرق ان الخليفة
صح

لا يمنع استعمال الراي في نقصانه في الشراء
وفي الزيادة في البيع وفي اختيار من يعامله
بل هو مقصوده ظاهرا لان تفويضه اليهما
مع تقدير البدل دليل عليه بخلاف ما اذا كان
المامور واحدا لان غرضه استعمال رايه
في معظم الامر وهو تقدير البدل وقد حصل
وهذا لان المقصود في الوكالات الاسترباح
عادة وهو زيادة البدل وقد حصل بتقدير البدل صح وما عداه كالفضلة
فلا يكون مقصودا بالتوكيل واختلفوا في العهدة
فيما اذا عقد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل
الاول فذكر البقالي في فتاويه ان الحقوق
تتعلق بالاول وكذا ذكر المحبوبي ايضا لان الوكيل
رضي بلزوم العهدة للاول دون الثاني وذكر في
حيل الاصل والعيون ان الحقوق ترجع الى الثاني
وهو الصحيح لانه هو العاقد والعقد هو السبب
للزوم وقد صدر من المباشر دون غيره وينبغي
ان يكون على هذا الخلاف فيما اذا عقده والاول
غايب فاجازه او عقده اجنبي فاجازه الاول
ولا يعني لاشتراط حضرته والوكيل بالطلاق
او العتاق اذا وكل غيره فطلق الثاني بحضرة
الوكيل الاول لا ينفذ لان الامر علقه بلفظ الاول
دون الثاني وهو يتعلق بالشرط بخلاف البيع
ونحوه قال وان زوج عبد او مكاتب

او

كافر صغيرته الحرة المسلمة او باع مالها
او اشترى لها لم يجز لانه لا ولاية لهولاء الا
ان العبد لا يملك النكاح بنفسه فكيف يملك
انكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له
على المسلم قال الله تعالى ولن يجعل الله للكافرين
على المومنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته
على المسلم ولا شهادة للعبد اصلا
والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم ولان
هذه الولاية نظرية فلا بد من تفويضها
الى القادر ويتحقق معنى النظر والرق يزيل
القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا
مصلحة في التفويض اليهما ولا فرق في ذلك
بين ان يكون الكافر ذميا او حربيا واما المرتد
فان ولايته على اولاده واموالهم موقوفة
بالاجماع لانها تبتني على النظر والنظر
يحصل باتفاق الملة لان اتحادها داع الى
النظر وهو متردد في الحال فوجب التوقف
فيه فاذا اسلم جعل كانه لم يزل مسلما
فينفذ تصرفه واذا مات او قتل على ردته
تقررت جهة انقطاع الولاية فيبطل تصرفه
بخلاف تزوجه بنفسه حيث لم يجز وان اسلم
بعد ذلك لان جواز النكاح يعتمد الملة
ولا ملة للمرتد فلا يتوقف اذ لا مجيز

له في الحال لان شرط التوقف ان يكون
له مجيز في الحال فصار نظير اعتاق
الصبي وطلاقه وهبته حيث لا يتوقف
على البلوغ اذ لا مجيز لها في الحال ونكاح
اولاده الصغار له مجيز في الحال وهو الولي
او القاضي فيتوقف فاذا اسلم نفذت
نفس النكاح والا بطلت وبخلاف تصرفاته
في ماله عندهما لانها تبتني على الملك
وملكه قائم ثابت في امواله ما دام
حيا فينفذ بلا توقف والله تعالى اعلم
بالصواب

باب

الوكالة بالخصومة والقبض قال الوكيل
بالخصومة والتقاضي لا يملك القبض وهذا
قول زفر رحمه الله وقال علماؤنا الثلاثة
رحمهم الله يملك القبض عينا كان او دينا
لان الوكيل بالشيء وكيل باتمامه واتمامها
يكون بالقبض وما لم يقبض فالخصومة
قائمة لانه يتوهم انكاره بعد ذلك
والمطل وربما يحتاج الى المرافعة ثانيا
فيكون له القبض تكملة لها ولان المقصود
من الخصومة لا لعينها اذ هي غير مقصودة
لذاتها والوكيل بالشيء يملك ما هو المقصود
منه ومعنى التقاضي الطلب الطلب في العرف

فصار

فصار بمعنى الخصومة وهو في اصل اللغة
القبض لانه تفاعل من قضى يقال قضيت دينه
واقتضيت منه ديني اي اخذت والعرف
املك فكان اولى اذ الحقيقة مهجورة فصار
بمعنى الخصومة مجازا فيكون التوكيل بها صح
توكيلا باتمامها اذ المطالبة لا تنتهي الا
بالقبض ولزفر رحمه الله ان الخصومة
غير القبض حقيقة وهي لاظهار الحق والمختار
في التوكيل بها من هو الالد [اي الاشد] الناس خصومة
واكثرهم كذبا وخيانة والمختار في القبض
من هو في الناس امانة واكثرهم
ورعا فمن يصلح للخصومة عادة لم يرض
بقبضه فالتوكيل بخصومة لا يدل على
الرضى بقبضه بل يدل على عكسه فلا
يكون له القبض وكذا المطالبة غير
القبض فالوكيل بها لا يملك القبض لما ذكرنا
والفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله
ولهذا اختاره الشيخ رحمه الله لتغير
احوال الناس وكثرة الخيانات في الوكلاء
ولا فرق في ذلك بين الدين والعين لان
المعنى لا يختلف فيهما قال وقبض الدين
يملك الخصومة اي الوكيل بقبض
الدين يملك الخصومة حتى لو اقيمت

واقلهم دينا وحياء صح

عليه البينة على استيفا الموكل او ابرايه
تقبل وكذا اذا جحد الغريم فاقام الوكيل
البينة عليه تقبل وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا لا يكون خصما وهو
رواية الحسن عنه لان القبض غير الخصومة
فلم يكن الرضا به رضا بها اذ ليس كل من
يؤتمن على المال يهتدي اليها قال
وبقبض العين لا فلو برهن ذو اليد على
الوكيل بالقبض ان الموكل باعه وقف
الامر حتى يحضر الغايب وكذا الطلاق والعتاق
اي الوكيل بقبض العين لا يملك الخصومة
حتى لو اقام ذو اليد البينة على الوكيل
بقبض العين ان الموكل باعه العين
لم تقبل بينته الا في حق قصر يد الوكيل
عن العين فيتوقف حتى يحضر الغايب
وكذا لو اقامت المراة البينة على
الوكيل بنقلها ان الزوج طلقها ثلاثا
او اقام العبد البينة على الوكيل بنقله
ان المولى قد اعتقه لا تقبل في حق وقوع
الطلاق والعتاق وتقبل في حق قصر
يد الوكيل عنهما حتى يتوقف الامر الى
ان يحضر الغايب وهذا بالاجماع استحسانا
والاصل في جنس هذه المسايل ان

الوكيل

الوكيل اذا وقع باستيفا عين حقه لم يكن
وكيلا بالخصومة لان التوكيل وقع بالقبض
لا غير ويمكن حصوله بلا خصومة بان لا
يجحد ذو اليد ملكه فلا حاجة الى جعله
وكيلا في غير ما وكل به لان الامر بالشي
انما يدخل غيره فيه اذا كان لا يتوصل
اليه الا به للضرورة وان وقع التوكيل
بالتملك كان وكيلا بالخصومة لان التملك
انشا تصرف وحقوق العقد تتعلق بالعاقد
لانه لا يمكنه التحصيل الا بها والخصومة
من جملتها فكان وكيلا بها فاذا ثبت هذا
قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله الوكيل
بقبض الدين وكيل باستيفا عين حقه حكما
ولهذا لو قبض احد الشريكين شيا من
الدين كان للاخر ان يشاركه فيه ومعنى
التملك ساقط حكما حتى كان له ان ياخذه
بلا قضا ولا رضا كما في الوديعة والغصب
فلا ينتصب خصما كما في الوكيل بقبض
العين وقال ابو حنيفة رحمه الله الوكيل
بقبض الدين وكيل بالتملك لان الديون
تقضى بامثالها لا باعيانها وهذا لان
المقبوض ليس بملك للموكل بل هو بدل حقه
الا ان الشرع جعل ذلك طريقا للاستيفا

[illegible]

فانتصب خصما كالوكيل بالشرا والقسمة والرد
بالعيب والرجوع في الهبة والوكيل باخذ
الشفعة فانه ومسالتنا اشبه باخذ
الشفعة فانه خصم قبل التشفع عنده كما ان
الوكيل بطلب الشفعة خصم قبل الاخذ فاما
الوكيل بالشرا فانما يصير خصما بعد مباشرة
الشرا واما الوكيل بقبض العين فليس بوكيل
بالمبادلة فصار رسولا وامينا محضا فلم
يتعلق الحقوق بالقابض ولا ينتصب خصما
ولا يقبل البينة عليه قياسا حتى لا يجب
التوقف فيه لانها قامت على غير خصم
وفي الاستحسان يتوقف حتى يحضر
الموكل فاذا حضر امر الخصم باعادة البينة
على ما ادعى لان البينة قامت على نفس
الحق وعلى قصر اليد والوكيل خصم في حق
اليد فحسب فيقبل في حقه فتقصر يده
عنه كما اذا قام البينة ان الموكل
عزله عن الوكالة فانها تقبل في حق قصر
اليد قال ولو اقر الوكيل بالخصومة
عند القاضي صح والا لا اي اذا اقر عند
غير القاضي لا يصح وعنده يصح وهو استحسان
ولكنه يخرج به عن الوكالة وهذا عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف

رحمه

رحمه الله يصح اقراره عند غير القاضي ايضا
وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يصح
اقراره عند القاضي ايضا وهو قول ابي
يوسف رحمه الله اولا وهو القياس لانه
مامور بالخصومة وهي منازعة والاقرار
يضادها لانه مسالمة والامر بالشيء لا يتناول
ضده ولهذا لا يملك الابرا والصلح ويصح
اذا استثنى الاقرار ولو كانت حقيقة
الخصومة مهجورة لما صح استثناؤه ولذا
لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب
هو خصومة عندهما لقصده الانكار ولهذا
يختار فيها الاهدى فالاهدى في الخصومة
وهذا هو العرف والوكالة تتقيد به
كما تتقيد بالتقييد صريحا ولان فيه
اضرارا بالموكل فلا يملكه ولهذا لا يملكه
الاب والوصي في مال الصغير مع ان
ولايتهما اعم فقلنا التوكيل صحيح
فيدخل تحته ما يملكه الموكل وهو الجواب
مطلقا دون احدهما عينا اذ لا يجوز له ان
ينكر له ان ينكرا اذا كان خصمه محقا
والخصومة يراد بها مطلق الجواب عرفا
مجازا لانها سببه فذكر السبب وارادة
المسبب شايع او لخروجه بمقابلتها او لان

الجواب يكون في موضع يكون فيه الخصومة
وهو مجلس الحكم والجواب يتناول
الاقرار والانكار عملا بعموم المجاز كما لو قال
عبده حرٌّ يوم يقدم فلان فانه يراد
به مطلق الوقت مجازا فيتناول الليل
والنهار عملا بعموم المجاز والدليل انه
يراد بها الجواب مطلقا ان القاضي يامره
بالجواب فيقول له اَجِبْ خصمك ولا
يامره بالخصومة فوجب حمله على
الجواب ليصح توكيله قطعا ولو حمل
على الانكار لا يصح الا على احد التقديرين
وهو ان يكون مُحِقًّا بالانكار وان كان
مُبْطِلا لا يصح وهذا لان الوكيل قايم
مقام الموكل والموكل لا يملك الانكار عينا
وانما يملك مطلق الجواب وهو نعم ان كان
خصمه محقا اَوْ بلا ان كان مبطلا فكذا
لا يملك التوكيل بالانكار عينا فلا يحمل
عليه لان في حمله عليه فسادًا من وجه
وفي حمله على مطلق الجواب صحته من كل وجه
فكان اولى لصحته بيقين قطعا بلا احتمال
الفساد ولو استثنى الاقرار فعن ابي
يوسف رحمه الله انه لا يصح لانه يكون
توكيلا بالانكار فقط وهو لا يملك ذلك عينا

فكذا

فكذا لا يصح التوكيل به فلا يكون مُفيدًا وعن
محمد انه يصح لانه يحتمل ان يكون محقا فانه
بالانكار فيملكه وتنصيصه عليه يرجح تلك
الجهة فيجوز توكيله به عند التصريح به
وعند الاطلاق يحمل على مطلق الجواب وعن
محمد انه فرق بين الطالب والمطلوب
فصححه من الطالب دون المطلوب لان
الطالب لا يجبر على الخصومة فله ان يوكل
بشي دون شي على المختار والمطلوب يُجْبر
عليها فلا يملك التوكيل بما فيه اضرار
بالطالب ولان الطالب يثبت حقه
بالبينة او بنكول الموكل لان الوكيل لا
يُحَلَّفُ فلا يفيد استثنا الانكار في حقه
وفي ظاهر الرواية يصح استثنا الانكار
منهما لما ذكرنا ولان الانكار حقيقة
في الخصومة فلا يعارضه المجاز عند التصريح
بالحقيقة ثم ابو يوسف رحمه الله يقول
الوكيل قائم مقام الموكل بالخصومة
فاقرار لا يختص بمجلس القاضي فكذا اقرار
من قام مقامه وهذا لان الشي انما يختص
بمجلس القضا اذا لم يكن موجبا الا بانضمام
القضا اليه كالبينة والنكول فاما الاقرار
فموجب بنفسه فلا يختص بمجلس القضاء

صوابه استثناء الاقرار في المواضع الثلاثة وكذا الشارح الانكار في المواضع الثلاثة

خلاف الاب والوصي لان تصرفهما مقيد بشرط
النظر لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم
الا بالتي هي احسن وقال تعالى قل اصلاح
لهم خير وليس في اقراره خير لهم وهما
يقولان ان المراد بالخصومة الجواب
مجازا على ما بينا فيملك الاقرار من حيث انه
جواب لا من حيث انه اقرار والجواب
يستحق عليه في مجلس الحكم فيكون التوكيل
مختصا به فيقوم مقام الموكل في مجلس
الحكم لا غيره ولم يكن وكيلا في غيره فاذا
اقر فيه لا يعتبر اقراره لكونه اجنبيا
فلا ينفذ على الموكل لكن يخرج به عن الوكالة
لان اقراره على الموكل يتضمن الاقرار على
نفسه بانه ليس له ولاية الخصومة فيقبل
في حق نفسه لا في حق الموكل كالاب والوصي
اذا اقر بمال الصغير لغيره فانه يخرج عن
الولاية في ذلك المال ولو استثنى الانكار
صح اقراره ولا يصير الموكل مقرا بالتوكيل
بالاقرار ولو اقر الوكيل بالخصومة
في حد القذف والقصاص لا يصح اقراره
لان التوكيل بالخصومة جعل توكيلا بالجواب
مجازا بالاجتهاد فتمكنت فيه شبهة العدم
في اقرار الوكيل فيورث شبهة في درء ما يدرأ

وكذا انكاره

بالشبهات

بالشبهات قال **ويبطل توكيله الكفيل**
بمال معناه اذا كان لرجل دين على رجل
وكفل به رجل فوكل الطالب الكفيل بقبض
ذلك الدين من الذي عليه الاصل لم يصح
التوكيل لان الوكيل هو الذي يعمل لغيره
ولو صححنا هذه الوكالة صار عاملا لنفسه
ساعيا في براءة ذمته فانعدم الركن
فبطل ولان قبول قوله ملازم للوكالة
لكونه امينا ولو صححناها وجب ان لا
يقبل قوله لكونه متهما فيه بابرائه نفسه
فصار نظير من اعتق عبده المديون حتى
لزمه ضمان قيمته للغرما ولزم العبد
جميع الدين ثم ان المولى ضمن الدين للغرما
فانه لا يصح لما ذكرنا فكذا هذا فان قيل
الداين اذا وكل المديون بابراء نفسه عن
الدين يصح وان كان عاملا لنفسه ساعيا
في براءة ذمته قلنا ذلك تمليك وليس
بتوكيل كما في قوله لامرأته طلقي نفسك فاذا
بطلت الوكالة فلو قبضه من المديون وهلك
في يده لم يهلك على الطالب ولو ابراه عن الكفالة
لا تنقلب صحيحة لوقوعها باطلة ابتداء كما لو
كفل الغائب فانه يقع باطلا ثم اذا بلغه
فاجازه لم يجز لما ذكرنا ولا يقال ينبغي ان

وركن الوكالة وهو عامل لغيره

تبطل الكفالة وتصح الوكالة كعكسه فانه
لو وكله بقبض الدين ثم ضمن الوكيل الدين
صح الضمان وبطلت الوكالة لانا نقول
الكفالة اقوى من الوكالة لكونها لازمة
فتصلح ناسخة لها بخلاف العكس ويصح ان
يوكل الكفيل بالنفس بالخصومة لان الواحد
يقوم بهما قال ومن ادعى انه وكيل
الغايب بقبض دينه فصدقه الغريم
أمر بدفعه اليه لانه اقرار على نفسه
لان ما يقبضه خالص حقه اذ الديون
تقضى بامثالها فيكون مقرا بوجوب
دفع ماله اليه حتى لو ادعى انه وفى الدين
الى الطالب لا يصدق لانه لزمه الدفع الى
الوكيل باقراره وثبتت الوكالة به ولم
يثبت الايفاء بمجرد دعواه فلا يؤخر حقه
كما لو كان الموكل حاضرا وادعى ذلك وله
ان يطالب رب المال ويستحلفه ولا يستحلف
الوكيل بالله تعالى ما يعلم ان الطالب قد استوفى
الدين لان النيابة لا تجرى فى الايمان بخلاف
الوارث حيث يحلف على العلم لان الحق يثبت
للوارث فكان الحلف بطريق الاصالة دون
النيابة وفى المسألة نوع اشكال وهو ان التوكيل
بقبض الدين توكيل بالاستقراض لا يصح

والجواب

والجواب ان التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من حيث المعنى وليس بتوكيل ح
وسالة بالاستقراض لانه لا بد للوكيل
بقبض الدين من اضافة القبض الى موكله
بان يقول ان فلانا وكلني بقبض ماله عليك
من الدين كما لا بد للرسول فى الاستقراض
من الاضافة الى المرسل بان يقول ارسلني
اليك وقال لك اقرضني فصح ما ادعينا
ان هذا رسالة معنى والرسالة بالاستقراض
جايزة هكذا ذكره فى النهاية وعزاه
الى الذخيرة وهو سؤال حسن والجواب
غير مخلص على قول ابى حنيفة رحمه الله فانه
لو كان رسولا لما كان له ان يخاصم قال
فان حضر الغايب فصدقه والا دفع اليه
الغريم الدين ثانيا لانه اذا صدقه
ظهر انه كان وكيلا له وقبض الوكيل
قبض الموكل فتبرأ ذمته به وان كذبه
لم يصر مستوفيا بالقبض لانه لم يثبت
وكالته والقول قوله فى ذلك مع يمينه لانه
منكر ولا يكون قولهما حجة عليه فيأخذ
منه الدين ثانيا ان لم يجز استيفاءه قال
ورجع به على الوكيل لو باقيا اى رجع الغريم
بما قبضه الوكيل ان كان باقيا فى يده لانه
ملكه وانقطع حق الطالب عنه ولم يبق

وصاحب البحر ... اجاب عن ذلك ...

الاحتمال فيه حيث فتعود بينه منه ثانيا
قال وان ضاع لا اى ان ضاع المقبوض
في يد الوكيل لا يرجع عليه لان الغريم
باقراره صار محقا في قبضه الدين وانما
ظلمه الطالب بالاخذ منه ثانيا والمظلوم
لا يظلم غيره ويرد على هذا ما لو كان لرجل
الف درهم مثلا وله الف اخر دين على
رجل فمات وترك ابنين واقتسما الالف
العين نصفين فادعى الذى عليه الدين
ان الميت استوفى منه الالف حال حياته
فصدقه احدهما وكذبه الاخر فالمكذب
يرجع عليه بخمسمائة ويرجع بها الغريم
على المصدق وهو في زعمه ان المكذب
ظلمه في الرجوع عليه وظلم هو المصدق بالرجوع
بما اخذه المكذب وذكر في الامالي انه لا يرجع
لان الغريم زعم انه برئ عن جميع الالف
الا ان الابن الجاحد ظلمه ومن ظلم ليس له
ان يظلم غيره وما اخذه الجاحد دين على الجاحد
ودين الوارث لا يقضى من التركة وجه الظاهر
ان المصدق اقر على ابيه بالدين لان الاقرار
بالاستيفاء اقرار بالدين لان الديون تقضى
بامثالها فاذا كذبه الاخر واخذ منه خمسمائة
لم يسلم له البراءة الا عن خمسمائة فبقيت

هنا في العبارة اضطراب

الخمس

الخمسمائة دينا على الميت فيرجع بها على المصدق فياخذ
ما اصابه بالارث حتى يستوفى لان الدين
يتقدم على الارث قال الا اذا ضمنه عند
الدفع اى الا ان يضمن الغريم الوكيل فحينئذ
يرجع الغريم على الوكيل لان الضمان موجب
ويجوز في قوله ضمنه التشديد والتخفيف
فمعنى التشديد ان يضمن الغريم الوكيل
ومعنى التخفيف ان يضمن الوكيل المال الذى
اخذه منه وصورة هذا الضمان ان يقول
الغريم للوكيل نعم انت وكيله لكن لا آمن
ان يجحد الوكالة ويأخذ مني ثانيا ويصير
ذلك دينا عليه لانه اخذه منى ظلما فهل انت
كفيل بما يأخذه منى ثانيا (اى عن الاخذ) فيضمن ذلك المأخوذ
فيكون صحيحا على هذا الوجه لانه مضاف
الى سبب الوجوب وهو كقوله ما غصبك فلان
فعلى او ما ذاب لك عليه فعلى لان ما اخذه
الطالب ثانيا غصب واما ما اخذه الوكيل
فلا يجوز ان يضمنه لانه امانة في يده
باعتقادهما على انه وكيل والامانات لا يجوز
بها الكفالة على ما بيناه في موضعه قال
وان لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه
على ادعائه اى يضمن الغريم الوكيل الغريم
في هذه الصورة ايضا لانه دفعه اليه على

احتمال ان يكون وكيلا ولم يرض بقضائه
تحصيلا لبراءة ذمته فاذا لم يحصل وانقطع
الرجا رجع به عليه ولا فرق في ذلك بين
ان يكذبه صريحا او يسكت لان عدم
التصديق يشمل الصورتين وزعمه فيما اذا
كذبه انه قبض بغير حق وان قبضه
يوجب الضمان وكذا اذا لم يصدقه
ولم يكذبه لان الاصل عدم التصديق
وليس له ان يسترد المدفوع في الوجوه
كلها قبل ان يحضر الطالب لان المؤدي صار حقا
للطالب اما اذا صدقه فظاهر لانه لا
يتصادق فان ظاهر الاعلى حق واما اذا
لم يصدقه فلاحتمال انه وكله وان لم
يوكله يحتمل الاجازة منه فلا يكون له ان
ياخذه مع بقاء هذا الاحتمال ولان من باشر
التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع
الياس عنه الا ترى انه اذا دفعه الى
فضولي على رجاء الاجازة لم يملك استرداده
لاحتمال ان يجيز وكذا لو اقام الغريم البينة
انه ليس بوكيل او على اقراره بذلك لا تقبل
بينته ولا يكون له حق الاسترداد ولو اراد
استحلافه على ذلك لا يستحلف لان كل
ذلك يبنى على دعوى صحيحة ولم يوجد

لكونه

لكونه ساعيا في نقض ما اوجبه للغائب
ولو اقام الغريم البينة ان الطالب جحد
الوكالة واخذ مني المال يقبل لانه يثبت
لنفسه حق الرجوع على الوكيل بناء على اثبات
سبب انقطاع حق الطالب عن المدفوع
وهو قبضه المال بنفسه منه فانتصب
الحاضر خصما عن الغائب في اثبات السبب
فيثبت قبض الموكل فينتقض يد الوكيل
ضرورة وجاز ان يثبت الشيء ضمنا وان
لم يثبت مقصودا ولو ادعى الغريم على
~~الطالب عن المدفوع وهو قبضه المال~~
~~بنفسه منه فانتصب الحاضر خصما~~
~~عن الغائب في اثبات السبب فيثبت~~
~~قبض الموكل فينتقض يد الوكيل ضرورة~~
~~وجاز ان يثبت الشيء ضمنا وان لم يثبت~~
~~مقصودا ولو ادعى الغريم على الطالب~~ حين
رجع عليه انه وكل الغائب بقبضه واقام على
ذلك بينة تقبل بينته وتبرا ذمته ولو
اراد ان يحلفه كان له ذلك فان نكل برئت
ذمته ولو طلب الغريم ان يسترد من
الوكيل ما دفعه اليه بعد ما ادى الى
الطالب بنفسه فادعى الوكيل هلاكه
او دفعه الى الموكل حلفه على ذلك وان

بيان الموكل ووارثه غريمه او وصيه لم وهو
قائم في يد الوكيل اخذه منه في الوجوه
كلها لانه ملكه وان كان هالكا ضمنه الا في
صورة واحدة وهو ما اذا صدقه في الوكالة
وان انكر الغريم الوكالة واقر بالدين
فللوكيل ان يحلفه بالله ما يعلم ان الطالب
وكله بقبض دينه فاذا حلف لم يدفع اليه
وان نكل يقضى عليه بالمال للوكيل وعن
ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه لا يحلفه لان
حق التحليف بناء على انه خصم ولم يثبت بلا
حجة وجه ظاهر الرواية انه لو اقر به لزمه
فاذا نكل يحلف قال ولو قال اني وكيل
بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر
بالدفع اليه لانه اقر بقبض مال الغير فلا
يصح لما فيه من ابطال حقه في العين بخلاف
ما اذا ادعى انه وكيل بقبض الدين فصدقه
حيث يؤمر بالدفع اليه لانه اقر بمال
نفسه اذ الديون تقضى بامثالها لا باعيانها
على ما بينا ولو هلكت الوديعة عنده بعد
ما منع قيل لا يضمن وكان ينبغي ان يضمن
لان المنع من وكيل المودع في زعمه بمنزلة
المنع من المودع وهو يوجب الضمان فكذا
هذا ولو سلم الوديعة اليه فهلكت في يده

وانكر

وانكر المودع الوكالة يضمن المودع لانه
متعد بالتسليم اليه وله ان يحلف المودع انه
ما وكله فاذا نكل برئت ذمته واذا حلف ضمن
وليس له ان يرجع على الوكيل لان في زعمه
ان المودع ظالم في تضمينه اياه وهو مظلوم
والمظلوم ليس له ان يظلم غيره الا اذا ضمنه
وقت الدفع له على الصفة التي ذكرنا في
الدين فحينئذ يرجع عليه ولو دفع اليه
من غير تصديق له على الوكالة رجع عليه
مطلقا ولو كانت العين باقية اخذها
في الصور كلها لانه ملكها باداء الضمان
ولو اراد ان يستردها منه بعدما دفعها
اليه لا يملك ذلك لانه ساع في نقض ما تم
من جهته قال وكذا لو ادعى الشراء وصدقه
يعني لو ادعى رجل شراء الوديعة وصدقه
المودع لم يؤمر بالدفع اليه لان اقراره اي المودع
على الغير غير مقبول قال ولو ادعى ان
المودع مات وتركها ميراثا له وصدقه
دفع اليه لان ملكه قد زال بموته واتفقا
على انه مال الوارث فيدفعه اليه
ولو ادعى رجل ان صاحب المال مات ولم
يدع وارثا وانه اوصى له بما في يده
رجل من عين او دين وصدقه الذي

في يده المال يؤمر بالتسليم اليه بعد
التلوم لانه لما ادعى انه لم يترك وارثا
نزل منزلة الوارث فيدفع اليه بعد
التلوم كما يدفع الى الوارث بعد التلوم
لاحتمال ان يكون له وارث اخر ولو لم
يقر من في يده المال بل انكر موته او قال
لا ادري لا يؤمر بالتسليم اليه ما لم
تقم البينة ولو لم يقل لم يترك وارثا
لم يكن صاحب اليد خصما له كما
في التحرير الجامع الكبير ولو ادعى ان صاحب المال مات
واوصى اليه وصدقه ذو اليد لا يلتفت
الى تصديقه ولا يؤمر بالتسليم اليه
اذا كان المال عينا في يد المقر لانه
اقرانه وكيل صاحب المال بقبض
الوديعة وعلى قول محمد رحمه الله الاخير
وهو قول ابي يوسف رحمه الله لا يصدق
ولا يؤمر بالتسليم اليه وان كان
اقرارا على نفسه من الوجه الذي ذكر
لكنه اقرار على الغايب من وجه ودعوى
لبراءة نفسه بدفع المال اليه لانه لو
دفع الدين اليه وتحقق موت صاحب
المال يبرى بالدفع اليه لصحة امر القاضي
بذلك حتى لو حضر الوارث وانكر وصايته

لا يلتفت اليه ولا له ولاية اتباع الغريم
فيؤدي الى ان يبرا من الدين بقوله من
غير حجة بخلاف ما لو اقر بوكالته حال
حياته لانه لو حضر رب الدين وانكر
كان له ان يتبعه بدينه لان امر
القاضي بالدفع لم يصح في حياته ذكره
في التيسير قال ولو وكله بقبض مال
فادعى الغريم ان رب المال اخذه دفع
المال اي رجل وكل رجلا بقبض دين له
على غريمه فقال الغريم للوكيل ان رب
المال اخذه منى يجبر على دفع المال الى
الوكيل لان وكالته ثبتت بقوله اخذه
رب المال اذ لم ينكر الوكالة وانما
ادعى الايفا وفي ضمن دعواه اقرار
بالدين وبالوكالة وهذا لانه لو لم
يكن معترفا عنده في طلب الدين لما
اشتغل بذلك ذهنا وكما اذا طلب منه
الداين فقال اوفيتك فانه يكون اقرارا
بالدين فاذا كان اقرارا ثبتت الوكالة
في زعمه ولم يثبت الايفا بمجرد دعواه
فيؤمر بالدفع اليه كما لو اقر بالوكالة
صريحا على ما بينا من قبل وفيه خلاف
زفر رحمه الله قال واتبع رب المال

ولو طلب الغريم تحليف الوكيل انه
لم يعلم ان الموكل استوفى منه لم يحلف
لان اليمين لا تجري فيه النيابة
على ما بينت صح

[illegible] الدين بعد [illegible] فلا يدفع [illegible] انه وكيله حال حياته فصدقه [illegible] وان كان المال دينا [illegible]
[illegible] صح

واستحلفه اى الغريم يتبع رب المال فيستحلفه
لان قبضه يوجب براة ذمته والطالب لو
اقر به لزمه فيستحلف عند العجز عن اقامة
البينة وقد بيناه من قبل قال وان
وكله بعيب فى امة وادعى البايع رضى المشترى
لم ترد عليه حتى يحلف المشترى اى وكله برد
جارية بسبب عيب فيها فقال البايع المشترى
رضى بالعيب لا يرد على البايع حتى يحلف المشترى
بخلاف مسالة الدين لان التدارك ممكن
هناك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر
الخطأ عند نكوله ولا يمكن ذلك فى العيب لان
القضا بالفسخ نافذ ظاهرا وباطنا عند ابى حنيفة
رحمه الله فيصح القضا ويلزم ولا يستحلف المشترى
بعد ذلك لانه لا يفيد اذ لا يجوز نقض القضا
وفى مسالة الدين ليس فيه قضا وانما فيه الامر
بالتسليم فاذا ظهر الخطأ فيه امكن نزعه
منه ودفعه الى الغريم من غير نقض
القضا ولان حق الطالب فى الدين ثابت
بيقين لتحقق الموجب فلا يمتنع على الوكيل
استيفاؤه ما لم يثبت الغريم ما يسقطه
ولا كذلك العيب لانه لم يتيقن ثبوت حق
المشترى فى الرد لاحتمال انه راى العيب
ورضى به وقت التسليم فيمتنع ثبوت حقه

في

في الرد اصلا وقالوا عند ابى يوسف ومحمد
رحمهما الله يجب ان لا يفترق بين المسالتين
بل يرد فيهما الحال لان القضا بالخطأ لا ينفذ
الا ظاهرا عندهما فامكن التدارك فيهما وقيل
الاصح عند ابى يوسف رحمه الله ان يؤخر
فى الفصلين لان من مذهبه ان القاضى لا يرد (الى حضرة المشترى)
بالعيب على البايع ما لم يستحلف المشترى
بالله تعالى ما رضيت بهذا العيب وان
لم يدع البايع الرضى فلا بد من حضور المشترى
وحلفه قال ومن دفع الى رجل عشرة
ينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من
عنده فالعشرة بالعشرة وهذا استحسان
والقياس ان يكون متبرعا لانه خالف
امره فيرد العشرة على الموكل وجه الاستحسان
ان الوكيل بالانفاق وكيل بالشرا لان
الانفاق لا يكون بدون الشرا فيكون الوكيل
به توكيلا بالشرا والوكيل بالشرا يملك
النقد من مال نفسه ثم يرجع به على
الامر وهذا لانه لا يستصحب دراهم
الامر فى كل مكان ويتفق له ما امره به
من غير نقد فيشتريه له ويحتاج الى
النقد من مال نفسه فلم يجعل متبرعا
لان امره كان مقيدا بالمال المدفوع

تحقيقا لغرض الامر ونفيا للحرج عن المامور وقيل القياس والاستحسان فى قضا الدين لانه ليس فى معنى الشرا ففى القياس يكون متبرعا صح

اليه فنى دفع ما لآخر موكلا لاجنبى فيكون
متبرعا فى القضا من مال نفسه ويرد على
المطلوب ما اخذه منه لانه ملكه وقد
كان عينه لجهة وقد استغنى عنه
وجه الاستحسان ان المقصود الامر
تحصيل البراة وقد حصلت ولا فرق فى ذلك
بين المالين فلم يكن التقييد مفيدا فلا
يعتبر ولان الوكيل قد يبتلى بوجود
الطالب فى موضع ليس معه مال الموكل
فيحتاج الى ان يدفع مثله من مال نفسه
ليأخذ بدله من مال الامر فكان هذا
توكيلا بالمبادلة من وجه وهذا القدر
من المبادلة يكفى لصحة الرجوع عليه
والله تعالى اعلم بالصواب واليه المرجع
والماب وهو حسبى باب

عزل الوكيل

اعلم ان للموكل عزل الوكيل
متى شا لانها حقه فيملك ابطالها اذا تعلق
بها حق الغير بان وكله بالخصومة بالتماس
من الطالب عند غيبة المطلوب فان الموكل
لا يملك عزله فى هذه الحالة لانه انما خلى
سبيله اعتمادا على انه يتمكن من اثبات
حقه متى شا فلو جاز عزله لتضرر به
الطالب عند اختفا المطلوب لما فيه من ابطال

حقه

٣٧٥

حقه فصار كالوكالة المشروطة ببيع الرهن
بخلاف ما اذا كان المطلوب حاضرا او كانت
الوكالة من غير التماس الطالب او كانت
من جهته لتمكنه من الخصومة مع
المطلوب فى الوجه الاول ولعدم تعلق
حقه بالوكالة فى الوجه الثانى اذ هو
لم يطلب وفى الوجه الثالث المنزل الى
الطالب وهو صاحب الحق فله ان يعزله
ويباشر الخصومة بنفسه وله ان يترك
الخصومة بالكلية وعلى هذا قال بعض
المشايخ اذا وكل الزوج وكيلا بطلاق
زوجته بالتماسها ثم غاب لا يملك عزله
وليس بشى بل له عزله فى الصحيح لان
المراة لا حق لها فى الطلاق وعلى هذا
~~قال بعض المشايخ اذا وكل الزوج وكيلا~~
~~بطلاق زوجته بالتماسها ثم غاب لا يملك~~
~~عزله وليس بشى بل له عزله فى الصحيح~~
~~لان المراة لا حق لها فى الطلاق وعلى هذا~~
قالوا لو قال الموكل للوكيل كلما عزلتك
فانت وكيلى لا يملك عزله لانه كلما عزله
تجددت الوكالة له وقيل ينعزل بقوله
كلما وكلتك فانت معزول وقال صاحب
النهاية عندى انه يملك عزله بان يقول

عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف ذلك
الى المعلّق والمنفّذ لان لو لم يجوز ذلك أدّى
ذلك الى تغيير حكم الشرع فعمل الوكالة
من العقود اللازمة وكلاهما ليس بشئ لان
في الاول عزله وتوكيله من غيره فصل
بينهما دائما الى نهاية وليس فيه وكالة
تنفع ولا عزل ينفع وليس في الثاني
ما يبطل الوكالة المعلقة لان عزله
لا يتناول الا الموجودة اذ لا يتصور عزل
الوكيل قبل الوكالة كما لا يتصور عزل
القاضي او السلطان قبل التولية ولكن
الصحيح اذا اراد عزله واراد ان لا
تنعقد الوكالة بعد العزل ان يقول
رجعت عن المعلقة وعزلتك عن المنجزة
لان ما لا يكون لازما يصح الرجوع عنه
والوكالة منه قال ويبطل الوكالة
بالعزل اذا علم به الوكيل وقال الشافعي
رحمه الله ينعزل بعزله وان لم يبلغه
العزل لانه بالعزل يُسْقِط حق نفسه
وجواز الوكالة لحقه والمرء ينفرد باسقاط
حق نفسه كالطلاق والعتاق
والعزل الحكمي مثل الموت والجنون
ولنا ان العزل خطاب مُلْزِمٌ مقصود

وحكم

وحكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب ما لم
يبلغه كخطاب الشرع حتى اذا ابدل بالنسخ
لا يثبت حكم النسخ حتى يبلغ المكلف ولان
في انعزاله اضرارا به لانه قد يتصرف
بعد العزل قبل ان يبلغه فيلزمه الضمان
بذلك والضرر مدفوع شرعا بخلاف
الاعتاق والطلاق والعزل الحكمي
لان العزل فيه حكمي لضرورة عدم
المحل فلا يتوقف على العلم ويستوى
في ذلك الوكيل بالنكاح وغيره والرسول
ينعزل قبل العلم به حتى اذا ارسله
في البيع او غيره فعزله قبل التبليغ
انعزل لانه مبلّغٌ عبارة المرسل
وناقل لها فيكون عزله رجوعا عن
الايجاب وله ذلك يرجع قبل القبول
كما اذا كان المشترى اوجبه لنفسه
بخلاف الوكيل فانه يَعْقِد بعبارة
من عنده وان كانت الحقوق لا ترجع
اليه بان كان سفيرا ومعبرا كما في النكاح
وامثاله وليس بناقلٍ عبارة المرسل
فلا يعتبر التوكيل فيه ايجابا وانما
[كما بين الخ]
الايجاب من الوكيل فلا ينعزل حتى يبلغه
لانه صار اصيلا في حق العبارة

وان لم يكن اصيلا في حق الحقوق والرسول
ليس باصيل في شي منها فافترقا وقد
ذكرنا اشتراط العدد او العدالة
في المبلغ غير مرة فلا نعيده وكذا لو
عزل الوكيل نفسه عن الوكالة
لا يصح من غير علم الموكل ولا يخرج به
عن الوكالة ولو جحد الموكل الوكالة
فقال لم اوكله لم يكن ذلك عزلا
قال وبموت احدهما وجنونه مطبقا
ولحوقه مرتدا يعني يبطل بهذه الاشيا
ايضا لان الوكالة عقد جايز غير لازم
فكان لبقايه حكم الابتدا فيشترط
لقيام الامر في كل ساعة ما يشترط
للابتدا وشرط في الجنون ان يكون
مطبقا اي مستوعبا من قولهم اطبق
الغيم السما اي استوعبها لان كثيره
كالموت وقليله كالاغما وحد
المطبق شهر عند ابي يوسف رحمه الله
لانه يسقط به الصوم وعنه اكثر
من يوم وليلة لانه يسقط به الصوم
وعنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط
به الصلوات وعند محمد رحمه الله
حول كامل وهو الصحيح لانه يسقط

جميع

جميع العبادات حتى الزكاة لان استمراره
حولا مع اختلاف فصوله اية استحكامه
اما ما دون الحول فلا يمنع وجوب الزكاة
فلا يكون في معنى الموت والمراد بلحاقه
بدار الحرب مرتدا ان يحكم الحاكم بلحاقه
لان لحاقه لا يثبت الا بحكم الحاكم فاذا
حكم به بطلت الوكالة بالاجماع واما
قبل ذلك فموقوفة عند ابي حنيفة رحمه
الله لان تصرفاته موقوفة عنده
فكذا وكالته فان اسلم نفذت وان
قتل او لحق بدار الحرب بطلت واما
عندهما فتصرفاته نافذة فلا تبطل
وكالته هذا اذا كانت الوكالة غير
لازمة وان كانت لازمة لا تبطل بهذه
العوارض كما اذا كانت الوكالة مشروطة
في عقد الرهن وكذا اذا جعل امر
امراته بيدها ثم جن الزوج لا يبطل
امرها لانه ملكها التصرف فصار كتمليك
العين وان كانت الوكالة بالنكاح
تبطل بالردة لانه بالردة خرج من
ان يكون مالكا للنكاح بنفسه فتبطل
الوكالة به ايضا ثم لا تعود بالاسلام
ذكره في النهاية وعزاه الى المبسوط

ولا تبطل وكالة المراة بارتدادها ما لم
تلحق بدار الحرب ويحكم الحاكم بلحاقها
وكذا يجوز توكيلها بعد ارتدادها ابتدا
لانها تبقى بعد الردة مالكة للتصرف
بنفسها وردتها لا تؤثر في عقودها الا
اذا وكلته بالتزويج ثم ارتدت والعياذ
بالله فان ذلك باطل لانها لا تملك ان
ان تتزوج بنفسها فكذا لا يزوجها وكيلها
ولو وكلت وكيلا في حال ردتها فزوجها
بعد ما اسلمت صح كالمعتدة اذا وكلت
بان يزوجها فزوجها بعد انقضا عدتها
بخلاف ما اذا وكلته قبل ارتدادها ثم
ارتدت واسلمت حيث لا يجوز ان يزوجها
لان ارتدادها اخراج له عن الوكالة
فصار معزولا من جهتها ولا تعود الوكالة
بعد العزل وان عاد المرتد مسلما
بعد اللحاق بدار الحرب فان كان
وكيلا فهو على وكالته عند محمد رحمه الله
ولا يعود وكيلا عند ابي يوسف رحمه
الله لان قضا القاضي بلحاقه بمنزلة
موته ولهذا لا يعود ملكه في مدبريه
وامهات اولاده ويعتقن به كما يعتقن
بالموت ومحمد لان التوكيل اثباته ولاية

التنفيذ

٣٧٨

التنفيذ لان اصل التصرف بملكه باهليته
وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق
بالاموات فلا ملك ولا اهلية له وجه
قول محمد رحمه الله ان الوكيل يتصرف بمعان
قايمة به والعجز بعارض اللحاق لتباين
الدارين والتوكيل اطلاق فاذا زال العجز
~~فاذا زال العجز~~ والاطلاق [الاباحة] باق عاد
وكيلا لبقا تلك المعاني وهي العقل
والقصد في ذلك التصرف والذمة الصالحة
وهذا لان صحة الوكالة لحق الموكل وحقه
باق بعد لحاقه بدار الحرب وانما عجز
عن التصرف بعارض على شرف الزوال
فلا ينعزل به عن الوكالة فاذا زال
صار كان لم يكن فبقي الوكيل على وكالته
بمنزلة ما لو اغمي عليه زمانا ثم افاق
وان كان العايد مسلما هو الموكل لا تعود
الوكالة في الظاهر وعن محمد انها تعود
كما قال في الوكيل لانه اذا عاد عاد ملكه
عليه مثل ما كان وقد تعلقت الوكالة
بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته
~~بمنزلة ما لو اغمي عليه زمانا ثم افاق~~
~~وان كان العايد مسلما هو الموكل لا تعود~~
~~الوكالة بتقديم ملكه فيعود الوكيل على~~

في الظاهر وعن محمد انها تعود كما كانت
في الوكيل لانه اذا عاد عاد ملكه على
مثل ما كان وقد تعلقت الوكالة بقديم
ملكه فيعود الوكيل على وكالته والفرق
له على الظاهر ان الوكالة تعلقت بملك الموكل
وقد زال ملكه بردته ولحاقه فبطلت
الوكالة على الثبات بخلاف ردة الوكيل
فان ملك الموكل باق على حاله وقد تعلقت
الوكالة به وانما انقطع تصرفه لعجزه
وقد زال فتعود الوكالة كما كانت قال
وافتراق الشريكين اي تبطل الوكالة
بافتراق الشريكين وان لم يعلم الوكيل
به لانه عزل حكمي والعزل الحكمي لا يشترط
فيه العلم ثم هذا الكلام يحتمل وجهين
احدهما ان ينعزل كل واحد منهما عن
الوكالة التي تضمنها عقد الشركة لان كل
واحد منهما وكيل عن صاحبه بالتصرف
فينعزل بالافتراق عن هذه الوكالة التي
كانت في ضمنها علما بذلك او لم يعلم لانه
عزل حكمي اذا لم تكن الوكالة مصرحا بها عند
عقد الشركة على ما بينا في كتاب الوكالة
والثاني ان احد الشريكين اذا وكلهما او وكل من
يتصرف في المال جاز على ما عرف فلو افترقا

الغزل

انعزل هذا الوكيل في حق غير الموكل منهما
اذا لم يصرحا بالاذن في التوكيل قال
وعجز موكله لو مكاتبا وحجره لو ماذونا
معناه لو كان الموكل مكاتبا او عبدا
ماذونا له في التجارة ينعزل الوكيل
لو عجز المكاتب وحجر العبد علم بذلك او
لم يعلم لان بقا الوكالة معتبرة بابتدائها
لكونها غير لازمة لان العقود التي لا يلزم
لبقائها حكم الابتدا فيشترط في حالة البقا
قيام الامر كما في الابتدا وقد بطل بالعجز
والحجر فتبطل الوكالة ويستوي فيه علم
الوكيل وجهله لان البطلان حكمي كما اذا تصرف
الموكل في الشي الذي وكل فيه هذا اذا كان
وكيلا في العقود والخصومات واما الوكيل
في قضاء الدين واقتضائه فلا ينعزل بعجز
المكاتب ولا بحجر الماذون له لان العجز
او الحجر يوجب الحجر عليه من انشا التصرف
فيخرج وكيله عن الوكالة ولا يوجب الحجر
عليه من قضا الدين واقتضائه فكذا لا
يوجب عزل وكيله فان كوتب بعد ذلك
او اذن للمحجور لم تعد الوكالة التي بطلت لان
صحتها كانت باعتبار ملك التصرف عند
التوكيل وقد زال ذلك بالعجز والحجر بعد

الوكالة فلم تنفذ بالكتابة الثانية والاذن
الثاني ولو عزل المولى وكيل العبد المأذون
له لا ينعزل لان ذلك حجر خاص والاذن
في التجارة لا يكون الا عاما فكان باطلا الا
ترى ان المولى لا يملك نهيه عن ذلك مع بقاء
الاذن فكذا لا ينفذ فعله الحكمي فيه قال
وتصرفه بنفسه اي تبطل الوكالة بتصرف
الموكل بنفسه فيما وكله به لفوات المحل والمراد
بتصرفه ما يعجز الوكيل عن الامتثال به مثل
ان يوكله ببيع عبد ثم يبيعه الموكل
بنفسه او يدبره او يكاتبه وان لم يعجزه
عن الامتثال فالوكالة باقية على حالها وبهذا
اصله حتى لو وكله بطلاق امراته فطلقها
هو ثلاثا او واحدة فانقضت عدتها بطلت
الوكالة لعجزه عن الامتثال ولو تزوجها بعد
ذلك ليس للوكيل ان يطلقها لتحقق عجز الموكل
عن الايقاع بانقضاء العدة فكذا الوكيل و
انما تمكن من الايقاع بعده بسبب جديد ولم
يحصل ذلك للوكيل ولو طلقها واحدة ولم
تنقض عدتها فللوكيل ان يطلقها اخرى
لبقاء المحل ولو وكله بتزويج امراة فتزوجها
بنفسه ثم طلقها ليس للوكيل ان يزوجه
اياها لان الحاجة قد انقضت بخلاف ما اذا

تزوجها

تزوجها الوكيل بنفسه ثم ابانها حيث يجوز له
ان يزوجها من الموكل لبقاء الحاجة ولو وكله بطلاق
امراته ثم ارتد الزوج فطلاق الوكيل يقع عليها
ما دامت في العدة لبقاء تمكن الزوج من الايقاع
وان لحق بدار الحرب فذلك بمنزلة موته ولو
وكله بالخلع ثم خلعها الزوج حيث يقع عليها
طلاق الوكيل ما دامت في العدة لان
طلاق الزوج يقع عليها في هذه الحالة فيبقى
الوكيل على وكالته والاصل فيه ان ما كان
الموكل قادرا على الايقاع كان وكيله
ايضا قادرا على الايقاع فتبقى الوكالة على حالها
وما لا فلا ولو وكله ببيع شي فباعه الموكل
ثم رده عليه بما يكون فسخا كخيار رؤية او
خيار شرط او عيب بقضا او بفساد بيع فـ
فالوكيل باق على وكالته لان ملكه القديم
قد عاد اليه بالفسخ فتعود الوكالة وان
رد عليه بما لا يكون فسخا كالرد بعيب بغير
قضا او اقالة لا تعود الوكالة لانه بيع
في حق ثالث والوكيل ثالثهما والوكالة
تعلقت بالملك الاول وهذا ملك جديد
بخلاف ما اذا رد عليه بما يكون فسخا ولو
باعه الوكيل ثم رد عليه بما يكون فسخا فله
ان يبيعه ثانيا كما اذا كان البائع هو الموكل

بنفسه خرج الوكيل عن الوكالة لان
الخلع بعد الخلع لا يصح فتعذر التصرف
على الوكيل بخلاف ما اذا وكله ان يطلقها
ثم خالعها الزوج صح

فرد عليه بذلك ولو وكله بهبة شيء فوهبه
المالك ثم رجع بالهبة فليس للوكيل ان
يهبه لان الواهب مختار في الرجوع فكان
ذلك دليل عدم حاجة الواهب الى الهبة
ولو وهبه الوكيل فرجع الموكل في هبته
لم يكن للوكيل ان يهبه ثانيا لما ذكرنا قال محمد
رحمه الله لا تشبه الهبة البيع لان الوكالة
بالبيع لا تنتهي بمباشرة البيع لان الوكيل
بالبيع بعد ما باع يتولى حقوق العقد
ويتصرف فيها بحكم الوكالة فاذا انفسخ البيع
والوكالة باقية جاز له ان يبيع ثانيا
بحكمها اما الوكالة بالهبة تنتهي بمباشرة
الهبة حتى لا يملك الوكيل الواهب الرجوع
ولا يصح تسليمه فاذا رجع في هبته
فقد عاد اليه العبد ولا هبة ولا وكالة
فلا يتمكن الوكيل من الهبة ثانيا ولو وكله ببيع
عبده فاسره العدو وادخلوه في دارهم
ثم رجع الى الموكل بملك جديد بان اشتراه
منهم لم تعد الوكالة ولو اخذه من المشتري منهم
بالثمن او بالقيمة ممن وقع في سهمه من
الغانمين فهو على وكالته لانه بالاخذ بهذا
الطريق عاد الى قديم ملكه وقد كانت
الوكالة متعلقة به فاذا عادت عادت

الوكالة ولو وكله باعتاق امته فاعتقها
الموكل ثم ارتدت والعياذ بالله ولحقت
بدار الحرب ثم سبيت وملكها لا تعود الوكالة
لانه ملك جديد غير الاول بسبب جديد
ولو وكله بان يزوجه امراة معينة وهي
ذات زوج فمات زوجها او طلقها وانقضت
عدتها جاز للوكيل ان يزوجها من الموكل لان
هذه الوكالة مضافة لانعدام المحل وقت
التوكيل وهي جايزة ولو وكله ان يزوجه
امراة معينة فارتدت والعياذ بالله ثم
اسرت واسلمت جاز للوكيل ان يزوجه
اياها عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا
لهما بناء على ان تسمية المراة مطلقا تنصرف
الى الحرة عندهما ولا ينصرف عنده بل
له ان يزوجه الامة ولو وكله بالبيع ثم
رهنه الموكل او آجره وسلمه فالوكيل على
وكالته في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف
رحمه الله انه يخرج عن الوكالة والله اعلم
بالصواب

كتاب الدعوى

قال رحمه الله هي اضافة
الشيء الى نفسه حالة المنازعة اي الدعوى
ان يدعو الشيء الى نفسه في حالة الخصومة
وهذا في الشريعة ولهذا قال عليه الصلاة

مطلقا من غير تقييد بمنازعة او مسالمة ماخوذ من قولهم ادعى فلان شيئا اذا اضافه الى نفسه صح

والسلام البينة على المدعي واليمين على من
انكر لان كل واحد من البينة واليمين
يحتاج اليه عند اضافة الشي الى نفسه في حالة
الخصومة وهذا في الشريعة اذا كان ثمة منازع وهي
في اللغة عبارة عن اضافة الشي الى نفسه اذا قال
لي ومنه دعوة النسب بالكسر والدعوة بالفتح
في المأدبة وقيل الدعوى في اللغة قول يقصد به
الانسان ايجاب الشي على الغير الا ان اسم المدعي
يتناول من لا حجة له في العرف ولا يتناول من له
حجة فان القاضي يسميه مدعيا قبل اقامة
البينة وبعدها يسميه محقا لا مدعيا
ويقال لمسيلمة الكذاب لعنه الله مدعي
النبوة لانه عجز عن اثباتها بالبينة ولا يقال
للرسول صلى الله عليه وسلم مدعي النبوة
لانه قد اثبتها بالمعجزة والبراهين وليس
بمصدر والفعل ادعى افتعل والمصدر ادعاء
افتعال والف دعوى للتانيث فلا ينون
وجمعها دعاوى بفتح الواو لا غير كفتوى
وفتاوى واسم الفاعل مدع والمفعول مدعى
عليه والمال مدعا والمدعى به خطأ وشرط
جواز الدعوى ان يكون في مجلس القاضي
ولا يصح في غير مجلسه حتى لا يستحق على
المدعى عليه جوابه وان يكون الخصم حاضرا

حتى

حتى لو ادعى على غايب لا يجاب وان يكون
المدعى شيا معلوما ليمكن اثباته بالبينة
ويتمكن القاضي من الحكم به حتى لا يجب
الجواب على المدعى عليه اذا كان المدعى مجهولا
وحكمها وجوب الجواب على الخصم
اذا صحت ويترتب على صحتها وجوب
احضار الخصم والمطالبة بالجواب
بلا او بنعم واقامة البينة واليمين
اذا انكر قال والمدعي من اذا ترك ترك
والمدعى عليه بخلافه اي لا يترك اذا ترك
بل يجبر هذا لمعرفة الفرق بينهما وهي
من اهم ما ينبني عليه مسايل الدعوى
وقد اختلفت عبارات المشايخ في حده
فمنها ما ذكر هنا وهو حد صحيح لكونه
جامعا للمحدود مانعا من دخول غيره
فيه وقيل المدعي من يلتمس غير الظاهر
والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وقيل
المدعي من يشتمل كلامه على الاثبات فلا
يصير خصما بالتكلم في النفي فان الخارج
لو قال لذي اليد هذا الشي ليس لك لا يكون
خصما ومدعيا ما لم يقل هو لي والمدعى
عليه من يشتمل كلامه على النفي فيكتفي به
منه فان ذا اليد لو قال ليس هذا لك كان

وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يستحق بقوله من غير حجة كصاحب اليد صح

وضعا بهذا القدر وقوله هو الخ فضلة
في الكلام غير محتاج اليه وقيل كل من يشهد
بما في يد غيره لغيره فهو شاهد وكل
من يشهد بما في يد نفسه لغيره فهو
مقر وقال محمد رحمه الله في الاصل
المدعى عليه هو المنكر والاخر هو المدعي
وهذا صحيح غير ان التمييز بينهما يحتاج
الى فقه وحدة ذكاء اذ العبرة للمعنى
دون الصورة فانه قد يوجد الكلام
من شخص في صورة الدعوى وهو
انكار في المعنى كالمودع اذا ادعى رد الوديعة
فانه مدع للرد صورة وهو منكر
للوجوب معنى فيحلفه انه لا يلزمه
رده ولا ضمانه ولا يحلفه على انه
رده لان اليمين تكون على النفي ليتحقق
الانكار لانه ينكر الوجوب عليه
والاصل براءة الذمة فكان القول له
ولا يرد على هذا المدين اذا ادعى قضاء
الدين او ابراء الطالب فان القول للطالب
مع انه يدعي شغل ذمته والمدين البراءة
لانا نقول لما اتفقا على وجوب الدين
صار الشغل هو الاصل والمدين بدعواه
الايفاء او الابراء صار مدعيا خلاف

الاصل

لنفسه فهو مدع وكل من شهد بما في يد غيره نفسه لنفسه فهو منكر و مدعى عليه وكل من شهد بما في يد غيره صح

الاصل والطالب ينكر فكان القول له او
نقول ان المودع امين فيكون القول قوله
في وضع الامانة موضعها كما في القاضي
والوصي وكالمطلقة اذا ادعت انقضاء
العدة او بناها قال ولا تصح الدعوى
حتى يذكر شيئا علم جنسه وقدره لان
فائدتها الالزام بواسطة الاشهاد ولا
الالزام في المجهول فلا يصح ولا يجب
الجواب على الخصم فاذا بين جنسها
ونوعها وقدرها وصفتها وسبب وجوبها
صحت الدعوى فيترتب عليها احكامها
من وجوب الاحضار والحضور والمطالبة
بالجواب ووجوب الجواب واليمين واقامة
البينة ولزوم احضار الشيء المدعى ان لم
يكن دينا ولا يتعلق بالدعوى المجهولة
شيء من ذلك لفسادها وانما وجب اذا صحت
لقوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله
ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون
الحق الوعيد بمن امتنع عن الحضور بعد
ما طولب به فدل ذلك على ان الحضور
مستحق عليه قال فان كان عينا في يد
المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها
بالدعوى وكذا في الشهادة والاستحلاف

ولا يتحقق الاشهاد ولا صح

لان الاعلام بانفى ما يمكن شرط وذلك
بالاشارة تعذر الاحضار فيما يمكن احضاره
من المنقول وان لم يكن كالرحا حضره الحاكم
او بعث اليه امينه قال وان تعذر ذكر
قيمتها اي ان تعذر احضار المنقولات
بان كانت هالكة او غايبة ذكر قيمتها
لان غير المقدر لا يمكن ضبطه بالوصف
ويمكن بالقيمة فوجب المصير اليها لانها
هي المدعاة في هذه الحالة لصيرورتها
دينا في الذمة وقال ابو الليث يشترط
مع ذلك في الحيوان ذكر الذكورة والانوثة
وان لم يبين القيمة (او ذكر القيمة) فقال غصب مني
عينا كذا ولا ادري انه هالك او قايم
ولا ادري كم كانت قيمته قال في الكافي
ذكر في عامة الكتب انه يسمع دعواه
لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله
فلو كلف بيان القيمة عن المدعي سقط
عن الشهود ايضا بدلالة (ذلك لانهم ابعد
عن ممارسته قال وان ادعى عقارا
ذكر حدوده لانه تعذر تعريفه بالاشارة
لتعذر نقله الى مجلس الحكم فتعين التحديد
اذ العقار تعرف به قال وكفت ثلاثة
اي كفى ذكر ثلاثة من الحدود وقال زفر

رحمه

لتفرد به وعزاه الى القاضي فخر الدين والى صاحب الذخيرة فاذا سقط بيان القيمة صح

٣٨٣

رحمه الله لا يكفي ولا بد من ذكر الحدود
الاربعة لان التعريف لم يتم بذكر
الثلاثة كما لا يتم بذكر الاثنين ولنا ان
للاكثر حكم الكل بخلاف ما اذا غلط في الرابعة
لانه تختلف به المدعى ولا كذلك تركها
ونظيره اذا ادعى شرا شيء بثمن منقود
فان الشهادة تقبل وان سكتوا عن
بيان الثمن ولو ذكروا ذلك واختلفوا
فيه لم تقبل وكما يشترط ذكر الحد في
الدعوى يشترط في الشهادة ايضا لانه
بها يصير معلوما للقاضي قال واسماء
اصحابها اي ذكر اسماء اصحاب الحدود لان
التعريف يحصل بذلك وذكر انسابهم
ليتميزوا عن غيرهم قال ولا بد من ذكر
الجد ان لم يكن مشهورا اي لا بد من ذكر جد كل
واحد من اصحاب الحدود ان لم يكن الرجل
مشهورا بين الناس وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله لان تمام التعريف يحصل به
في الصحيح من مذهبه وقد ذكرناه غير
مرة وان كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره
لحصول المقصود به قال وانه في يده
اي وذكر العقار في يده لان المدعى عليه
لا يكون خصما الا اذا كان العقار في يده

الا اذا تركه نظرا الى ما تقدم الاربعة بان

فلابد من اثباته قال ولا تثبت اليد
في العقار بتصادقهما بل ببينة او علم
القاضي بخلاف المنقول اي لا يثبت اليد
فيه بتصادق المدعي والمدعى عليه ان
العقار في يد المدعى عليه لان اليد فيه
غير مشاهد ولعله في يد غيرهما تواضعا
فيه ليكون ذلك ذريعة الى اخذه بحكم
الحاكم فلابد من اقامة البينة فيه
او علم القاضي ~~بخلاف المنقول~~ لتنتفي تهمة
المواضعة بخلاف المنقول لان اليد
فيه مشاهدة فلا حاجة الى اشتراط
الزيادة قال وانه يطالبه به اي ذكر
القاضي انه يطالبه بالشي المدعى لان
القاضي لا يعلم لعله ذكر حقه عنده
فبذكره انه طالب يتبين له فلا بد
من التنبيه عليه لانه لو لم ينص على الطلب
يحسب القاضي انه انما ذكر له على
سبيل الحكاية فيزيل ذلك الوهم بالنص
على الطلب ولان القاضي لا يجب عليه ان
يجيبه لاحتمال ما ذكرنا الا اذا طلب
لانه نصب لقطع الخصومات لا لانشائها
فاذا تبين طلبه اجابه والا فلا لاحتمال
ان يكون عنده برهن او وديعة او اجارة

و

٣٨٥

ذكر ذلك فلا يزول الاحتمال بدون طلبه
ولهذا قالوا يجب في المنقول ان يقول هو في
يده بغير حق قال وان كان دينا ذكر
وصفه وانه يطالبه به لما ذكرنا ولا بد
من بيانه على وجه لا يبقى فيه خفا وكذا
في الشهادة وقد بيناه من قبل قال فان
صحت الدعوى سال المدعى عليه عنها
اي عن الدعوى ليكشف له وجه القضا
ان ثبت حقه لان القضا بالبينة يخالف
القضا بالاقرار وهذا لان الاقرار
حجة ملزمة بنفسه ولا يحتاج فيه
الى القضا واطلاق اسم القضا فيه مجاز
وانما هو امر بالخروج عما لزمه بالاقرار
بخلاف البينة فانها ليست بحجة الا اذا
اتصل بها القضا فيسقط احتمال الكذب
بالقضا في حق العمل فيصير حجة يجب العمل
به كساير الحجج الشرعية قال فان اقر
او انكر فبرهن المدعي قضي عليه لوجود
الحجة الملزمة للقضا قال والا حلف
بطلبه اي وان لم يكن للمدعي بينة حلف
المدعى عليه اذا طلب المدعي يمينه لانه
عليه الصلاة والسلام قال للمدعي الك
بينة قال لا فقال عليه الصلاة والسلام

لك بينة فقال يحلف ولا يبالي فقال عليه
الصلاة والسلام ليس لك الا هذا شاهداك
او بينة ذكر اليمين مضافا اليه لا مضافة
اليه بلام التمليك وانما صار حقا له
لان المنكر قصد اتوا حقه على زعمه بالانكار
فمكنه الشارع من اتوا نفسه باليمين
الكاذبة وهي الغموس ان كان كاذبا
كما يزعم وهو اعظم من اتوا المال والا
يحصل للحالف الثواب بذكر اسم الله تعالى
وهو صادق على وجه التعظيم قال ولا
ترد يمين على مدع لقوله عليه الصلاة
والسلام لو اعطي الناس بدعواهم
لادعى ناس دماء رجال واموالهم لكن
اليمين على المدعى عليه رواه مسلم واحد
جعل جنس اليمين على المنكر لان الالف
واللام للاستغراق وليس وراه شيء اخر
حتى يكون على المدعي ونظيره قوله عليه
الصلاة والسلام الائمة من قريش ولقوله
عليه الصلاة والسلام الائمة من قريش
وقوله عليه البينة على من ادعى واليمين
على من انكر قسم بينهما والقسمة تنافي
الشركة وفيه الالف واللام ايضا على
ما تقدم فيفيد استغراق البينة واليمين

ولهذا

ولهذا لا تقبل بينة ذي اليد ولا يقال
انما يصح الاستدلال بهذا الحديث على ما ذكرتم
ان لو كان المنكر هو المدعى عليه والخارج
هو المدعي وليس كذلك بل كل واحد منهما
مدع ومنكر لانه يقول هو لي ويقول
لصاحبه ليس لك لانا نقول المعتبر
فيه المقصود ومقصود الخارج اثبات
الملك لنفسه والنفي يدخل ضمنا وتبعا
ومقصود ذي اليد نفيه ولهذا يقول
الخارج اول ما ينطق هو لي ويقول ذو
اليد ليس لك فالاول هو المعتبر فسمي
كل واحد منهما باول ما يصدر منهما اعتبارا
للمقصد دون الضمني وقال الشافعي
رحمه الله اذا لم يكن للمدعي بينة يحلف
المدعى عليه فاذا نكل ترد اليمين على
المدعي فان حلف يقضى له وان نكل لا يقضى
له لان الظاهر صار شاهدا للمدعي
بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعى عليه لما
كان الظاهر شاهدا له اعتبر يمينه
وقال ايضا اذا اقام المدعي شاهدا
واحدا او عجز عن الاخر يحلف المدعي
ويقضى له لما روي انه عليه الصلاة
والسلام قضى بشاهد ويمين ويروى

انه عليه الصلاة والسلام قضى باليمين
مع الشاهد ولنا ما روينا وما رواه
ضعيف رده يحيى بن معين فلا يعارض
ما روينا ولانه يرويه ربيعة عن
سهيل بن ابي صالح وانكره سهيل فلا
يبقى حجة بعد ما انكره الراوي فضلا
ان يكون معارضا للمشاهير ولانه
يحتمل ان يكون معناه قضى تارة بشاهد
يعني بجنسه وتارة بيمين فلا دلالة
له فيه على الجمع بينهما وهذا كما يقال
ركب زيد الفرس والبغل والمراد
على التعاقب ولئن سلم انه يقتضي
الجمع فليس فيه دلالة على انه يمين
المدعي بل يجوز ان يكون المراد يمين
المدعى عليه ونحن نقول به لان الشاهد
الواحد لا يعتبر فوجوده كعدمه
فيرجع الى يمين المنكر عملا بالمشاهير
قال **ولا بينة لذي اليد في الملك
المطلق وبينة الخارج احق** اي لا تقبل
بينة ذي اليد في الملك المطلق وان اقاما
بينة فبينة الخارج اولى وقال الشافعي رحمه
الله بينة ذي اليد اولى من بينة الخارج
لتاكدها باليد فصار كما اذا اقاما البينة

على النتاج او على نكاح امراة والمراة في
يد احدهما فانه يكون اولى ولو ادعيا
امة وادعى كل واحد منهما انها امته
دبرها او اعتقها او استولدها واقاما
بينة كان بينة صاحب اليد اولى ولنا
ان البينات شرعت للاثبات لانها وان
كانت في الحقيقة مبينة مظهرة لكنها
اخذت حكم الاثبات لما انا لا علم لنا به
اذ الاحكام تثبت باسبابها فصارت
كالعلل الشرعية فانها امارات في حق
الشارع وفي حقنا لها حكم الاثبات ولهذا
وجب الضمان على الشهود عند الرجوع
لان الحكم يحال اليهما فهيهما ايجابا
فاذا كان كذلك كان بينته اثباتا لانه
ببينته يستحق على ذي اليد الملك الثابت
بظاهر يده وذو اليد لا يستحق على
الخارج ببينته شيئا لم يكن واما بينة
الخارج فانها تثبت شيئا لم يكن ثابتا له
فكانت اولى اذ البينات للاثبات بخلاف
مسالة النتاج فان بينة صاحب اليد
فيه متضمنة لدفع بينة الخارج لانها
تقوم على اولية الملك واولية الملك لا تثبت
الا لاحدهما فاذا قدرنا ثبوتها لصاحب

لانه لا يملك الخارج قبل القضاء بوجه ما
وقدرنا اثبتته بينة صاحب اليد
كان ثابتا بظاهر يده الا ترى ان
من راى شيئا في يد انسان جاز له ان يشهد
بانه له واذا نازعه احد في الملك بغير
بينة دفع الخارج عنه ولم يثبت ببينته
شيئا صح

ولو كانت بينته دفع بينة الخارج فعلى التعارض بين البينتين فتترجح بينة صاحب اليد

اليد باليد دون الملك المطلق لم يوجد التعارض
لان بينة الخارج لم تثبت الملك قبل القضا
حتى يعارضها بينة ذي اليد بالدفع والترجيح
انما يكون عند التعارض ويتصور فيه
ايضا ان يثبت الملك لهما على التعاقب
فلم يكن في بينته ما يدفع بينة الخارج
فلا يقبل وبخلاف التدبير والاعتاق
والاستيلاد لان اليد لا تدل على هذه
الاشيا فكان كل واحد من البينتين مثبتا
فتعارضتا فترجح ببينة صاحب اليد
باليد وبخلاف دعوى النكاح لانه دعوى
سبب الملك فصارت كالنتاج في جميع ما
ذكرنا وكلامنا في دعوى الملك المطلق لان الملك
بسبب لان فيه ذا اليد اولى بالاتفاق
اذا كان سببا لا يتكرر في الملك على ما يجي
بيانه في موضعه ولايقال انهما لو لم
يذكرا سبب الملك بان ادعى كل واحد
منهما انها امراته ولم يذكر السبب كان
الحكم كذلك فبطل ما ذكرتم لانا نقول
السبب فيه متعين اذ لا طريق لهذا الملك
الا به فيكون دعوى الملك دعوى للسبب
الا ترى انهما لو اختلفا في ولا شخص واقاما
البينة كانت بينة ذي اليد اولى لتعين سببه

وهو

٣٨٩

وهو العتق في ملكه ولا كذلك ما نحن فيه
ولان الخارج هو المدعي والبينة بينة المدعي
بالنص على ما بينا وجهه من الاستغراق
فلا تقبل بينة ذي اليد ما لم يكن مدعيا
بدعوى السبب قال وقضي له ان نكل مرة
بلا احلف او سكت اي قضي للمدعي ان نكل
المدعى عليه مرة صريحا بقوله لا احلف
او دلالة بسكوته ويجوز ان يكون اللام
في قوله وقضي له بمعنى على اي قضى على المدعى
عليه واللام تاتي بمعنى على قال الله تعالى
ان احسنتم احسنتم لانفسكم وان اساتم
فلها اي فعليها وقال الشافعي رحمه الله
لا يقضى بنكوله بل ترد اليمين على المدعي
اذا نكل المدعى عليه فان حلف يقضى له
بالمال وان نكل انقطعت المنازعة بينهما لما
روي عن علي رضي الله عنه انه حلف المدعي بعد
نكول المدعى عليه ولان اليمين انما وجبت
في الابتدا على المنكر لكون الظاهر يشهد له
فاذا نكل هو كان الظاهر شاهدا للمدعي
فيحلف ولان النكول محتمل يحتمل ان يكون
لاجل اشتباه الحال او لاجل التورع
عن اليمين الكاذبة او لاجل الترفع عن
الصادقة كما فعل عثمان رضي الله تعالى

عنه فان نكل عن اليمين وقال احلف انت
بوا نقضه قضا فيقال ان عثمان حلف كاذبا
فلا يكون حجة مع الاحتمال فلا ينقضى
به ولنا اجماع الصحابة رضى الله تعالى
عنهم اجمعين وروى عن على ايضا انه وافق
اجماعهم فانه روى عن شريح ان المنكر
طلب منه رد اليمين على المدعى فقال ليس
لك اليه سبيل وقضى بالنكول بين يدى على رضى
الله عنه فقال له على رضى الله عنه قالون
ومعناها بالرومية احسنت وروى عن
عمر رضى الله عنه ان امراة ادعت عنده
على زوجها انه قال لها حبلك على غاربك
فحلف عمر الزوج بالله ما اردت طلاقا
فنكل فقضى عليه بالفرقة وكذا روى
عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما وهو مذهب
ابن ابى موسى الاشعرى ولان النكول
دل على كونه باذلا او مقرا اذ لولا ذلك
لاقدم على اليمين اداء للواجب ودفعا للضرر
عن نفسه فترجحت هذه الجهة على غيرها
من الترفع والتورع والاشتباه لان الظاهر
ان يأتى بالواجب فلا يترفع عن الصادقة
والظاهر من حال المسلم انه لا يكذب فلا
يكون نكوله تورعا عن الكاذبة ظاهرا

باعتبار حاله ولو كان لاشتباه الحال لاستمهل
حتى ينكشف له الحال فتعين ان يكون لاجل
البذل ولا وجه لرد اليمين على المدعى
لما روينا من ان اليمين على المنكر قال
وعرض اليمين ثلاثا ندبا اى عرض
القاضى اليمين على المدعى عليه ثلاث مرات
وهو مستحب يقول له فى كل مرة انى اعرض
عليك اليمين فان حلفت والا قضيت عليك
بما ادعاه اعلاما له للحكم لانه موضع خفاء
لاختلاف العلماء فيه لان الشافعى رحمه الله
لا يراه فاذا كرر عليه الانذار والعرض
ولم يحلف حكم عليه اذا علم انه لا آفة
به من طرش وخرس وعن ابى يوسف
ومحمد رحمهما الله ان التكرار حتم حتى لو
قضى القاضى بالنكول مرة لا ينفذ والصحيح
انه ينفذ والعرض ثلاثا مستحب ونظير
امهال المرتد ثلاثة ايام فانه مستحب
فكذا هنا مبالغة فى الانذار ولا بد ان يكون
النكول فى مجلس القاضى لان المعتبر يمين
قاطع للخصومة ولا معتبر باليمين عند
غيره فى حق الخصومة فلا يعتبر وهل
يشترط القضا على فور النكول فيه اختلاف
مشايخنا اذا حلف المدعى عليه فالمدعى على دعواه

ولا يبطل حقه بيمينه الا انه ليس له ان
يخاصمه ما لم يحضر البينة على دعواه
فان وجد بينة اقامها عليه وقضى له بها
وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعون
البينة بعد الحلف ويقولون يترجح
جانب صدقه باليمين فلا تقبل بينة
المدعي بعد ذلك كما يترجح جانب صدق
المدعي بالبينة حتى لا تعتبر يمين المنكر
معها وهذا القول مهجور غير ماخوذ به
وليس بشيء اصلا لان عمر رضي الله تعالى
عنه قبل البينة من المدعي بعد يمين
المنكر وكان شريح رحمه الله يقول اليمين
الفاجرة احق ان ترد من البينة العادلة
وهل يظهر كذب المنكر باقامة البينة
والصواب انه لا يظهر له كذبه حتى لا
يعاقب عقوبة شاهد الزور ولا يحنث
في يمينه ان كان لفلان على ثلاث الف
فادعى عليه فانكر فحلف ثم اقام المدعي
البينة ان له عليه الفا وقيل عند ابي يوسف
يظهر كذبه وعند محمد لا يظهر وفي
النهاية لو اصطلحا على ان المدعي لو
حلف فالمدعى عليه ضامن للمال وحلف
فالصلح باطل ولا شيء على المدعى عليه

قال

٣٩٠

قال ولا يستحلف في نكاح ورجعة
وفيء وايلاء واستيلاد ورق ونسب وولاء
وحد ولعان قال القاضي الامام
فخر الدين رحمه الله تعالى الفتوى على انه
يستحلف المنكر في الاشياء الستة يعني
في هذه الاشياء التي عددناها سوى الحد
واللعان وهو قولهما والاول قول ابي
حنيفة رحمه الله لهما ان هذه حقوق تثبت
مع الشبهات فيجري فيها الاستحلاف
كالاموال بخلاف الحد واللعان وهذا
لان فائدة الحلف ظهور الحق بالنكول
والنكول اقرار لان اليمين واجب فتركه
دليل على انه باذل او مقر ولا يمكن ان
يجعل باذلا لانه يجوز ممن لا يجوز البذل
منه كالمكاتب والعبد الماذون له
في التجارة وكذا يجوز في الدين ولا يجوز
بذله ويجب على القاضي ان يقضي بالنكول
ويصح ايجابه في الذمة ابتداء ولو كان
بذلا لما صح ولا وجب وكذا يجب القصاص
فيما دون النفس ويصح في الشائع فيما
يقسم ولو كان بذلا لما صح ولما وجب
فتعين ان يكون مقرا والاقرار يجري
في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة

البذل فلا يثبت به ما يسقط بالشبهات
كالحدود واللعان الا ترى انها لا تثبت
بالشهادة على الشهادة ولا بكتاب القاضي
الى القاضي ولا بشهادة النساء مع الرجال لما
فيها من الشبهات وهذا لان نكوله يدل
على انه كاذب في الانكار ولولا ذلك لما نكل
لان اليمين الصادقة فيها الثواب بذكر الله
تعالى على وجه التعظيم وصيانة ماله وعرضه
بدفع تهمة الكذب عن نفسه والعاقل
يميل الى مثل هذه واليمين الكاذبة فيها
هلاك النفس فالظاهر انه اعرض عنها
مخافة الهلاك ومخالفة لهواه وشح نفسه
وايثار الرجوع الى الحق اذ هو اولى من
التمادي على الباطل قال الله تعالى ومن يوق شح
نفسه فاولئك هم المفلحون فيكون اقرارا ضرورة
ولابي حنيفة رحمه الله انه بذل واباحة
وهذه الحقوق لا يجري فيها البذل (اي النكول) والاباحة
فلا يقضى بها بالنكول كالقصاص في النفس
وكالحدود واللعان وفي حمله على
البذل صيانة عرضه عن الكذب
فكان اولى ولهذا لا يجوز الا في مجلس القاضي
وقضائه ولو كان اقرارا لجاز مطلقا بدون
القضاء وكذا لو كفل رجل لرجل بما يقر له

به

به فلان فادعى المكفول له على فلان
دينا فاستحلفه فنكل لا يجب على الكفيل
شيء ولو كان اقرارا لوجب عليه وكذا
لو اشترى نصف عبد ثم اشترى نصفه
الباقي فوجد به عيبا فخاصمه في النصف
الاول فاستحلفه فنكل فقضي عليه بالرد
ثم اراد ان يرد النصف الاخر يحتاج الى
خصومة واستحلاف جديد اذا انكر
ولو كان اقرارا لما استحلف ثانيا بل كان
يلزمه كله بالنكول الاول ولا نسلم ان اليمين
واجبة مع البذل فلا يكون تاركا للواجب به
وهذا لان اليمين تجب عليه اذا طلب تحليفه
لتنتهي به الخصومة ومع البذل لا خصومة
ولا طلب فلا تجب وانما جاز من المكاتب والعبد
والصبي المأذون لهما لان فيه ضرورة فيدخل
تحت الاذن في التجارة كما تدخل الضيافة
اليسيرة والهدية اليسيرة للضرورة اذ لا بد
للتجار من ذلك وانما جاز في الدين بناء على
دعوى المدعي ومعنى البذل ترك المنع وترك
المنع جائز في المال لان امر المال هين بخلاف الاشياء
السبعة والواجب على القاضي ان يقضي بالنكول
بحكم الشرع لما ان المدعي كان له الشيء المدعى
ظاهرا وابطله المنكر بالنزاع والشرع ابطل

نزاعه الى اليمين فاذا امتنع اليمين عاد
الامر بحكم الشرع وانما صح ايجابه في الذمة
ابتداء بنا على زعم المدعي انه محق وان
معنى البذل ترك المنع ولكن كان بذلا
حقيقة فالمال يجب فيه في الذمة
ابتدا كالكفالة والحوالة وانما وجب
القصاص به فيما دون النفس لان ما دون
النفس يسلك به مسلك الاموال فيجوز
بذله اذا كان مفيدا الا ترى انه يجوز
له قطع يده المتاكلة للفايدة فكذا يجوز
بذله لدفع اليمين عن نفسه واي فايدة اعظم
منه ولهذا انكل عثمان رضي الله تعالى
عنه عن المصادقة على ما بينا فهذا هو الجواب
عن قولهم في اليمين صيانة ماله وعرضه
الى آخره وانما يجوز في مسائل يحتمل العتمة
لانه ليس ببذل صريحا وانما صار بذلا
في المعنى على معنى انه ترك منع وان المدعي
باخذه محقا فلا يمتنع بالشيوع ثم الدعوى
في هذه المسائل يتصور من احد الخصمين
ايهما كان الا الحد واللعان والاستيلاد فانه
لا يتصور ان يكون المدعي فيها الا المقذوف
والمولى واختار فخر الاسلام علي البزدوي
قولهما للفتوى على ما ذكره في المختصر واختار

المتاخرون

والصواب فخر الدين القاضي 6ن لانه هو الذي ذكر 12 المتن

المتاخرون من مشايخنا على ان القاضي ينظر
في حال المدعى عليه فان رآه متعنتا يحلفه
اخذا بقولهما وان رآه مظلوما لا يحلفه
اخذا بقول ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه
وهو نظير ما اختاره شمس الائمة في التوكيل
في الخصومة بغير رضا الخصم ان رأى من
الخصم التعنت وقصد الاضرار بالاخر قبل
بغير رضاه والا فلا وذكر الصدر الشهيد
رحمه الله ان الحدود لا يستحلف فيها
بالاجماع الا اذا تضمن حقا بان علق عتق
عبده بالزنا وقال ان زنيت فانت
حر فادعى العبد انه قد زنى ولا بينة له
عليه يستحلف المولى حتى اذا نكل ثبت
العتق دون الزنا ثم اذا لم يحلف المنكر
في النسب عندهما هل تقبل بينة المدعي
ينظر فان كان نسبا يثبت بالاقرار
تقبل بينته مثل الجد وولد الولد
والاعمام والاخوة واولادهم لان فيه
حمل النسب على الغير بخلاف دعوى
المولى الاعلى او الاسفل حيث تقبل وان
ادعى انه معتق جده وكذلك والفرق
بينهما ان النسب لا يثبت فيه الا بواسطة

الولاد والنسب

وذلك مثل الولد والوالد وان لم يثبت باقراره لا تقبل بينته صح

فيكون فيه عملا على الواسطة اما الولا
فلا يثبت بواسطة بل يجعل في الحكم كانه
هو المعتق ولهذا لا ترث النساء الولاء
ولو كان بواسطة لثبت لهن وكذا يكون
الولاء للكبر (وهو اسم لمن هو اقدم واقرب) ولو كان بطريق الارث لما كان
له كما في المال وكذا لو اعتق عبدا ثم مات
المولى عن ابنين ثم مات الابنان
احدهما عن ابن واحد والاخر عن عشرة
ثم مات المعتق فان المال يقسم بينهم
على احد عشر سهما يجعل كانهم اعتقوه
ولو كان بطريق الارث لكان للابن الواحد
النصف وللعشرة النصف نصيب ابيهم
وعندهما يثبت بالنكول اذا كان نسبا
يثبت باقراره والا فلا قال ويستحلف
السارق فان نكل ضمن ولم يقطع
لان موجب فعله شيئان الضمان وهو
يجب مع الشبهة فيجب بالنكول
والقطع وهو لا يجب مع الشبهة فلا
يجب بالنكول فصار نظيره ما اذا ثبتت
السرقة بشهادة رجل وامراتين
او بالشهادة على الشهادة او بكتاب
القاضي الى القاضي فان ضمان المال يجب

٨

بها دون القطع ويقول في الاستحلاف
بالله ماله عليك هذا المال وعن محمد
رحمه الله ان القاضي يقول للمدعي ماذا
تريد فان قال اريد القطع قال له ان
الحدود لا يستحلف فيها فليس لك يمينه
فان قال اريد المال قال له دع دعوى السرقة
وادع المال قال ويستحلف الزوج (وكذا الى بعده)
اذا ادعت المراة طلاقا قبل الوطي فان
نكل ضمن نصف المهر اي يستحلف الزوج
اذا ادعت المراة ذلك وهذا بالاجماع
لان الاستحلاف يجري في المال بالاتفاق
لا سيما اذا كان المقصود هو المال وكذا
في النكاح اذا ادعت الصداق او النفقة
لانه دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله
ولا يثبت النكاح وكذا يستحلف في النسب
اذا ادعى حقا كالارث والحجر والنفقة
والعتق بسبب الملك وامتناع الرجوع
في الهبة فان نكل ثبت الحق ولا يثبت
النسب ان كان نسبا لا يصح الاقرار
به وان كان يصح الاقرار به فعلى الخلاف
الذي ذكرنا قال ~~وجاحد القود~~
~~فان نكل في النفس حبس حتى يقر او~~
~~يحلف وفيما دونه يقتص~~ الا يستحلف

للزوج اذا ادعت المراة ذلك وهذا
بالاجماع لان الاستحلاف يجري في المال
بالاتفاق لا سيما اذا كان المقصود هو
المال وكذا في النكاح اذا ادعت الصداق
او النفقة لانه دعوى المال ثم يثبت
المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا
يستحلف في النسب اذا ادعى حقا كالارث
والحجر والنفقة والعتق بسبب الملك
وامتناع الرجوع في الهبة فان نكل ثبت
الحق ولا يثبت النسب ان كان نسبا لا يثبت
بالاقرار به وان كان يصح الاقرار به
فعلى الخلاف الذي ذكرنا قال وجاحد
القود فان نكل في النفس حبس حتى يقر
او يحلف وفيما دونه يقتص اي يستحلف
جاحد القصاص فان نكل في النفس حبس حتى يحلف او
يقر ولا يقتص منه وفيما دون النفس
يقتص منه وهذا عند ابي حنيفة
وقالا لا يجب عليه الارش فيهما لان النكول
اقرار فيه شبهة عندهما لان في امتناعه
عن اليمين احتمالا لا يعمل لاجل التبرع
على ما بينا فلا يجب به العقوبة كالحدود
فاذا امتنع وجوب القصاص يجب عليه
الارش بخلاف ما اذا قام على ذلك رجلا

وامراتين

وامراتين حيث لا يقضى فيه بشيء وكذا
بالشهادة على الشهادة فيه لا يقضى
بشيء لان القصاص سقط فيه لمعنى من جهة
من له فلا يجب شيء وفي النكول لمعنى من
جهة من عليه فيصار الى الارش ونظيره
اذا اقر بالقتل خطأ والولي يدعي العمد
تجب الدية وبالعكس لا يجب شيء وفي
النكول لمعنى من جهة من عليه ايضا بخلاف
الضمان في السرقة حيث يجب بشهادة رجل
وامراتين وامثاله كما يجب بالنكول لان
المال فيه اصل ثم يتعدى الى الحد
فاذا اقتصر يبقى الاصل على حاله وهنا
الاصل القصاص ثم يتعدى الى المال
اذا وجد شرطه ولابي حنيفة رضي الله تعالى
عنه ان الاطراف يسلك بها مسلك
الاموال حتى ابيح قطعها للحاجة ولا يجب
على القاطع الضمان اذا قطعها بامره بخلاف
النفس فانه لو قتله بامره يجب
عليه القصاص في رواية والدية في اخرى
فاذا سلك بها مسلك الاموال يجري فيها
البذل كالاموال الا انه لا يجوز قطعها
بلا فائدة وهذا البذل مفيد لقطع
الخصومة فصار كقطع اليد للآكلة وقلع

السن للوجع واذا امتنع القصاص في
النفس واليمين في حق مستحق عليه يحبس
فيه كما في القسامة قال ولو قال المدعي
لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال
ابو يوسف رحمه الله يستحلف ومحمد
مع ابي حنيفة في رواية ومع ابي يوسف
في اخرى وهذا الخلاف فيما اذا كانت
حاضرة في المصر وان كانت خارج المصر
يحلف بالاجماع وان كانت في مجلس الحكم
لا يحلف بالاجماع لابي يوسف رحمه الله
ان اليمين حقه بالحديث الذي روينا وله غرض
صحيح في الاستحلاف وهو ان يدفع
به مؤنة المسافة ويتوصل الى حقه
في الحال باقراره او نكوله وفي البينة
احتمال فلعلها لا تقبل فيجيبه اذا طلبه
كما اذا كانت خارج المصر ولابي حنيفة
رحمه الله ان في اليمين مرتب على العجز ثبوت الحق صح
عن اقامة البينة على ما روينا فلا يكون
حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس
بخلاف ما اذا كانت خارج المصر لانه قد
يتعذر عليه الجمع بين خصمه وشهوده فيكون
عاجزا ولان في استحلافه مع حضور الشهود

هتك

هتك المسلمين اذا قامت البينة بعد ما
حلف فيجب ان يتوقاه قال وقيل
لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلاثة ايام كيلا
يضيع حقه بتغييبه نفسه وهذا نظر
للمدعي وليس فيه كبير ضرر بالمدعى عليه
طلب الحاكم صح لان الحضور واجب عليه اذا طولب حتى يعدى
عليه ويستحضر الى القاضي ويحال بينه
وبين اشغاله فيصح التكفيل باحضاره
بمجرد الدعوى كاستحلافه بمجرد الدعوى
ويجب ان يكون الكفيل ثقة معروفا
بين الناس لا يتوهم اختفاؤه حتى تحصل
به فائدة التكفيل وهذا استحسان
والقياس ان لا يلزم التكفيل لان الحق
لم يجب عليه بعد بخلاف ما بعد اقامة
البينة والتقدير بثلاثة ايام مروي
عن ابي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح
وعن ابي يوسف رحمه الله انه مقدر
بما بين مجلسي القاضي حتى اذا كان يجلس
في كل يوم يكفل الى اليوم الثاني وان كان
يجلس في كل عشرة ايام يوما يكفل الى
عشرة ايام ولا فرق في الظاهر بين
الوجيه والخامل وبين الحقير من المال
والخطير وعن محمد رحمه الله انه ان كان

معروفا والظاهر من حاله انه لا يخفي
نفسه بذلك القدر من المال لا يجبر على
اعطاء الكفيل وكذا لو كان المدعى حقيرا
لا يختفي الانسان نفسه لاجله لا يجبر على
التكفيل لكن اذا اعطى هو باختياره يؤخذ
منه وهذا اذا قال لي بينة حاضرة وان
قال ليس لي بينة او شهودي غيب لا يؤخذ
منه كفيل لعدم الفائدة في التكفيل لان
الغائب هالك من وجه وليس كل غائب
آيبا ويمكنه الاستحلاف في الحال فلا معنى
للاشتغال بالتكفيل قال **فان ابى لازمه**
اي دار معه حيث سار اي ان ابى ان يتكفل
لا يجبره القاضي على التكفيل بل يامره بملازمته
مقدار مدة التكفيل على القولين حتى
لا يغيب قال **ولو كان غريبا لازمه**
مقدار مجلس القاضي اي الى ان يقوم
من مجلسه لانه يلحقه الضرر بالزيادة
على ذلك فلا يزاد عليه ولا ضرر في هذا
القدر ظاهرا وكذا اذا اخذ منه كفيل
لا يؤخذ منه الا مقدار مجلس الحكم
لما ذكرنا وله ان يطلب التوكيل بخصومته
حتى لو غاب الاصيل يقيم البينة على
الوكيل فيقضى عليه وان اعطاه وكيلا

فله

٢٩٦

فله ان يطالب بالكفيل بنفس الوكيل
وان اعطاه كفيلا بنفس الوكيل فله ان
يطالبه بالكفيل بنفس الاصيل ان كان
المدعى دينا لان الدين يستوفى من ذمة
الاصيل دون الوكيل ولو اخذ كفيلا
بالمال فله ان يطالب كفيلا بنفس الاصيل
لان المقصود الاستيفاء وقد يكون
من الاصيل ايسر وان كان المدعى منقولا
فله ان يطالبه مع ذلك كفيلا بالعين
ليحضرها لا يغيبها المدعى عليه وان
كان المدعى عقارا لا يحتاج الى ذلك لانه
لا يقبل التغييب قال **واليمين بالله تعالى**
لا بطلاق وعتاق الا اذا الح الخصم لما روى
ابن عمر انه عليه الصلاة والسلام
سمع عمر وهو يحلف بابيه فقال ان
الله تعالى ينهاكم ان تحلفوا بابائكم
فمن كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت
رواه البخاري ومسلم واحمد وفي لفظ
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
من كان حالفا فلا يحلف الا بالله او
ليصمت وكانت قريش تحلف بابائها
فقال لا تحلفوا بابائكم رواه احمد والنسائي
وعن ابي هريرة قال قال رسول الله

صلى الله عليه وسلم لا تحلفوا الا بالله
ولا تحلفوا الا وانتم صادقون رواه
النسائي وهذا الحديث باطلاقه يمنع
الحلف بالطلاق والعتاق وقال بعضهم
يسوغ للقاضي ان يحلفه بهما اذا الح الخصم
لقلة مبالاة الناس باليمين بالله تعالى
في زماننا لكن اذا نكل لا يقضى عليه بالنكول
لانه امتنع عما هو منهي عنه شرعا ولو
قضى عليه بالنكول لا ينفذ ولو طلب
المدعى عليه تحليف الشاهد او المدعي انه
لا يعلم ان الشاهد كاذب لا يجيبه القاضي
لانا امرنا باكرام الشهود والمدعي
لا يجب عليه اليمين لا سيما اذا اقام
بينة قال وتغلظ بذكر اوصافه
اي تؤكد اليمين بذكر اوصاف الله
تعالى وذلك مثل قوله والله الذي
لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة
الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر
ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك
ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو
كذا وكذا ولا شيء منه لان احوال الناس
شتى فمنهم من يمتنع عن اليمين بالتغليظ
ويتجاسر عند عدمه فيغلظ عليه

لعله

لعله يمتنع بذلك وله ان يزيد على هذا
ان شاء وله ان ينقص الا انه يحتاط ويحترز
عن عطف بعض الاسماء على البعض كيلا
يتكرر عليه اليمين ولو امره بالعطف
فاتى بواحدة ونكل عن الباقي لا يقضى
عليه بالنكول لان المستحق عليه يمين
واحدة وقد اتى بها ولو لم يغلظ جاز
وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح
ويغلظ على غيره وقيل يغلظ في الخطير
من المال دون الحقير ولو غلظ عليه
فحلف من غير تغليظ ونكل عن التغليظ
لا يقضى عليه بالنكول لان المقصود الحلف
بالله تعالى وقد حصل قال لا بزمان
ومكان اي لا يؤكد عليه اليمين بزمان
ولا بمكان وقال الشافعي رحمه الله ان
كانت اليمين في قسامة او لعان او في مال
عظيم يبلغ مائتي مثقال يغلظ بالمكان
فيحلف بين الركن والمقام ان كان بمكة
وعند قبر النبي صلى الله عليه وسلم
ان كان في المدينة وعند الصخرة ان كان
في بيت المقدس وفي الجوامع وغيرها ان لم
يكن في المساجد ويكون ذلك في يوم الجمعة
بعد العصر ولنا اطلاق قوله صلى الله عليه

وسلم اليمين على المكن والتخصيص بالمكان
او الزمان زيادة على النص وهو منسوخ ولان
المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل
بدون ذلك ولان فيه حرجا على القاضي
حيث يكلف حضورها وهو مدفوع ولان
فيه تاخير حق المدعي في اليمين فلا يشرع
ولانه احد ما يقطع به الخصومة
فلا يختص بهما كالبينة قال ويستحلف
اليهودي بالله الذي انزل التوراة على
موسى عليه الصلاة والسلام والنصراني
بالله الذي انزل الانجيل على عيسى عليه
الصلاة والسلام والمجوسي بالله الذي
خلق النار والوثني بالله لقوله عليه
الصلاة والسلام لابن صوريا الاعور
اليهودي انشدك الله الذي انزل التوراة
على موسى عليه الصلاة والسلام ان حكم الزنا
في كتابكم هذا ولان اهل الكتاب
يعتقدون نبوة نبيهم فيؤكد عليهم
بذكر المنزل على نبيهم والمجوسي يعتقد
تعظيم النار فيؤكد عليه بذكر خالقها والوثني
وهو الذي يعبد غير الله تعالى يعتقد ان الله
خالقه وانما يشرك مع الله تعالى غيره قال
الله تعالى ولئن سالتهم من خلق السموات

والارض

والارض ليقولن الله وعن ابي حنيفة
رحمه الله انه لا يحلف احدا الا بالله تعالى
خالصا احترازا عن اشراك غيره في التعظيم
مع الله تعالى وذكر الخصاف انه لا يحلف
غير اليهودي والنصراني الا بالله تعالى وهو
اختيار بعض مشايخنا لان في ذكر النار
في اليمين تعظيما لها لان اليمين يشعر
بذلك ولا ينبغي ان يعظم النار بخلاف
التوراة والانجيل لان كتب الله تعالى واجب
التعظيم وما ذكره هنا هو المذكور في
الاصل فكانه وقع عند محمد رحمه الله انهم
يعظمونها تعظيمهم ~~تعظيم~~ المسلم الشعائر
ولا يعبدونها حقيقة قال ولا يحلفون في
بيوت عبادتهم لان فيه تعظيمها والقاضي
ممنوع من حضورها مع ما عليه من الحرج
وهو مدفوع عنه ايضا قال ويحلف على
الحاصل اي بالله ما بينكما نكاح قائم وبيع
قائم وما يجب عليك رده وما هي باين
منك الان في دعوى النكاح والبيع والغصب
والطلاق ولا يحلف بالله ما نكحت ولا بالله
ما بعت ولا بالله ما غصبت ولا بالله
ما طلقت لان هذه الاشياء قد تقع ثم
ترتفع برافع كالطلاق في الاقالة والهبة

واجبة

والنكاح الجديد فلا يكون تحليفه على السبب
فيحلفه على الحاصل لكيلا يتضرر المدعى
عليه لانه لو اقر بالسبب ثم ادعى
طرو الرافع لا يقبل منه فيحتال بهذا
الطريق اذ لا ضرر فيه على المدعي لان
المقصود من الاسباب احكامها فيحلف
على نفيها لا على نفي السبب وهذا عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو
يوسف رحمه الله يحلف على السبب
لان اليمين حق المدعي فيحلف على وفق
دعواه والمدعى هو السبب الا اذا عرض
المدعى عليه لانه لو اقر بالسبب ثم ادعى
طرو الرافع لا يقبل منه فيحتال بهذا
الطريق اذ لا ضرر فيه على المدعي لان المقصود
من الاسباب احكامها فيحلف على نفيها لا على
نفي السبب وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما
الله وقال ابو يوسف رحمه الله يحلف على
السبب لان اليمين حق المدعي فيحلف
على وفق دعواه والمدعى هو السبب
الا اذا عرض المدعى عليه بان قال قد يبيع
البيع ثم يتقايلان ونحو ذلك فانه حينئذ
يحلفه على الحاصل وقال فخر الاسلام
يفوض الى راي القاضي وهذا الخلاف فيما

نظر اليه كيلا يفوت حقه وعنه انه ينظر الى
انكار المدعى عليه فان انكر السبب يحلف
عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل
م

اذا كان السبب يرتفع برافع وسيرى في
تحليفه على الحاصل ضرر بالمدعي فان كان
سببا لا يرتفع برافع فانه يحلف على
السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا
ادعى العتق على مولاه بخلاف الامة والعبد
الكافر لان الرق يتكرر عليهما بالارتداد
ونقض العهد ثم بالالتحاق بدار الحرب
ولا يتكرر على العبد المسلم اذ لا يقبل
منه الا الاسلام او السيف عند
ارتداده وكذا اذا كان في التحليف
على الحاصل ضرر بالمدعي مثل ان
يدعي شفعة بالجوار والمدعى عليه
لا يراها ومثل ان تدعي المبتوتة النفقة
والزوج لا يراها فانه يحلف حينئذ
على السبب بالاجماع لان في تحليفه على
الحاصل ترك النظر في جانب المدعي اذ هو
يحلف بناء على اعتقاده فيبطل حق المدعي
قال **وان ادعى شفعة بالجوار ونفقة
المبتوتة والمشتري او الزوج لا يراهما
يحلف على السبب** لما ذكرنا فحاصله ان التحليف
على الحاصل هو الاصل عندهما الا اذا ادى
الى الاضرار بالمدعي او كان سببا لا يتكرر
فحينئذ يحلف على السبب وعند ابي يوسف

التحليف على السبب هو الاصل الا اذا عرض
فحينئذ يحلف على الحاصل على ما بينا
قال وعلى العلم لو ورث عبدا فادعاه
آخر يحلف على العلم اذا ورث عبدا وادعى
آخر انه له ولا يحلف على البتات لان
الوارث لا يعلم بما فعل المورث فيمتنع
عن اليمين فيلحقه بذلك ضرر وهو
محق ظاهرا فلا يضطر اليه دفعا للضرر
عنه قال وعلى البتات لو وهب
له او اشتراه يعني يحلف على البتات
ان كان ملكه بالهبة او بشرائه اياه
لان الهبة والشرا سبب موضوع للملك
باختيار المالك ومباشرته ولو لم يعلم انه
ملك للمملك له لما باشر السبب ظاهرا فيحلف
على البتات فالمشتري والموهوب له اصل
بنفسه فيحلف عليه والاصل فيه ان
اليمين متى وقعت على فعل الغير فاليمين
على العلم ومتى وقعت على فعل نفسه تكون
على البتات ~~مع انه فعل غيره وانما كان~~
~~كذلك لان البايع ضمن تسليم المبيع سالما~~
~~عن العيوب فالتحليف يرجع الى ما ضمن~~
~~بنفسه فيحلف على البتات وكذا الوكيل~~
والشرى انه عليه الصلاة والسلام حلف اليهود

يالله

بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا فحلفهم على
البتات في الاول لانه فعلهم وفي الثاني على
الظن لانه فعل غيرهم قال الحلواني
هذا الاصل مستقيم في المسايل كلها الا
في الرد بالعيب فانه اذا ادعى ~~عليه تحقق~~
~~العيب السابق~~ ونحو ذلك فاراد المشتري
من العيوب كالبول والاباق
تحليف البايع فانه يحلفه على البتات
مع انه فعل غيره وانما كان كذلك
لان البايع ضمن تسليم المبيع سالما
عن العيوب فالتحليف يرجع الى ما ضمن
بنفسه فيحلف على البتات لانه انما
يكون الحلف على فعل الغير على العلم
اذا قال المنكر لا علم لي بذلك واما
اذا ادعى العلم فيحلف على البتات الا ترى
ان المودع اذا قال ان الوديعة قبضها
صاحبها يحلف على البتات وكذا الوكيل
بالبيع اذا ادعى قبض الموكل الثمن فانه
يحلف على البتات لادعايه العلم بذلك
ثم في كل موضع وجب اليمين فيه على البتات
فحلف على العلم لا يكون معتبرا حتى لا يقضى
عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه وفي كل
موضع وجب اليمين فيه على العلم فحلف على
البتات يعتبر اليمين حتى يسقط اليمين

المشتري ان العبد ابق مع

عنه ويقضى عليه اذا نكل لان الحلف على
البتات اكد فيعتبر مطلقا بخلاف العكس
قال ولو افتدى المنكر يمينه او
صالحه منها على شي صح ولم يحلف بعده
لما روى ان عثمان رضى الله عنه ادعى
عليه اربعون درهما فاعطى شيا وافتدى
يمينه ولم يحلف فقيل له الا تحلف وانت
صادق فقال اخاف ان يوافق قدر
يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة
وقيل كان له على مقداد سبعة الاف
درهم اقترضها اياه فقضاه منها اربعة
الاف فترافعا الى عمر رضى الله تعالى
عنه فلم يحلف ولان بالافتدا صيانة
عرضه وهو مستحسن عقلا وشرعا
وقد قال عليه الصلاة والسلام ذبوا
عن اعراضكم باموالكم وقال على كرم
الله وجهه اياك وما يقع عند الناس
انكاره وان كان عندك اعتذاره ولان
المنكر يدفع به الخصومة وتهمة الكذب
عن نفسه والمدعى ياخذه على انه حقه
او عوض عنه فيجوز وان لم يكن الحق
مالا كالقصاص وجاز ان يكون لعقد
واحد جهتان كمن اشترى جارية عبد

ثم

ثم اشتراه فانه يعطى من الثمن بدل ملك الرقبة
في زعم البائع وهو فدا في حق المشتري
حتى يعتق العبد وكما في الصلح عن
الانكار فانه بدل حقه في حق المدعى
ولافتدا اليمين وقطع الخصومة وهو
~~فدا في حق المشتري حتى يعتق العبد~~
في حق المنكر ثم لما بطل حقه في اليمين في لفظ
الصلح والفدا لا يكون له ان يستحلفه
بعد ذلك ابدا بخلاف ما اذا اشترى
يمينه بمال حيث لا يجوز لان الشرا عقد
تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال
فبطل وبقى حقه في اليمين على حاله

باب التحالف

قال اختلفا في قدر الثمن او المبيع قضى
لمن برهن اي لمن اقام البينة لانه نور
دعواه بالبينة اذ البينة مبينة كاسمها
فتبقى في الجانب الاخر مجرد الدعوى
والبينة اقوى منها اذ هي متعدية
حتى توجب القضا على القاضي فلا يعارضها
مجرد الدعوى قال وان برهنا فلمثبت
الزيادة اي اذا اقام كل واحد منهما حجة
كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان
البينات شرعت للاثبات ولا معارضة

في قدر ما اتفقا عليه ولا في الزيادة
فيجب كله ولو اختلفا في الثمن والمبيع
جميعا فبينة البائع اولى في الثمن وبينة
المشتري اولى في المبيع لما ذكرنا وفي
النهاية اذا قال البائع بعتك هذه
الجارية بعبدك هذا وقال المشتري
اشتريتها منك بمائة دينار فاقاما
البينة فبينة البائع اولى لانها تثبت الحق
له فيه والاخرى تنفيه والبينة
للاثبات دون النفي قال وان عجزا ولم
يرضيا بدعوى احدهما تحالفا اي ان
عجزا عن اقامة البينة ولم يرض واحد
منهما بما قاله صاحبه بعدما قيل لكل واحد
منهما اما ان ترضى بما قاله صاحبك والا
فسخنا البيع عليك تحالفا وانما يقول
لهما ذلك لان المقصود قطع المنازعة وهذا
طريق فيه فلعلهما يرغبان في البيع دون
الفسخ فيرضيان به اذا علما ذلك قال
ويبدأ بيمين المشتري وهو قول محمد
وزفر رحمهما الله وابي يوسف اخرا ورواية
عن ابي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح
لان المشتري اشدهما انكارا اذ هو
المطالب بالثمن ولا ينكر عند المطالبة

فيكون

فيكون بادئا بالانكار وعند نكوله
الكاف للمفاجاة اي بمجرد النكول
يطالب بالثمن كما نكل من غير تاخر فيتعجل
به فائدة اليمين وهو الاقرار او البدل
عند النكول وبنكول البائع يتاخر الفائدة
لان تسليم المبيع يتاخر الى زمان تسليم
الثمن لانه يمسك المبيع حتى يستوفي الثمن
فكان ما يتعجل به فائدته اولى وعن
ابي يوسف انه يبدأ بيمين البائع لقوله
عليه الصلاة والسلام اذا اختلف
المتبايعان فالقول ما قاله البائع
خصه بالذكر فكان ينبغي ان يكتفي
بيمينه فان تقاصر عن افادته فلا
اي بهذا الحديث
يتقاصر عن افادة التقديم وقيل
تفرع عليهما في البداية هذا اذا باع
سلعة بثمن وان باع ثمنا بثمن او سلعة
بسلعة بدا القاضي بايهما شاء لاستوائهما
في فائدة النكول قال وفسخ القاضي
بطلب احدهما لقوله عليه الصلاة
والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا
وترادا ولانهما لما حلفا لم يثبت ما ادعاه
كل واحد منهما فيبقى بيع بثمن مجهول
او بلا بدل فيفسخ لان البيع بلا ثمن او
بثمن مجهول فاسد ولابد من الفسخ فيه

وقيل ينفسخ بنفس التحالف والصحيح الاول
بدليل ما ذكره في المبسوط ان وطي
الجارية المبيعة يحل بعد التحالف قبل
فسخ القاضي البيع بينهما ولو كان ينفسخ بنفس التحالف
لما حل وصفة اليمين ان يحلف البايع
بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين
ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين
ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى
النفي تاكيدا والاصح الاقتصار على النفي
لان الايمان على ذلك وضعت الا ترى
انه اقتصر عليه في القسامة بقولهم بالله ما
قتلنا ولا علمنا له قاتلا والمعنى فيه ان
اليمين يجب على المنكر وهو النافي فيحلف
على صيغة النفي اشعارا بان الحلف وجب
عليه لانكاره وانما وجب على البايع
والمشتري لان كلا منهما منكر لان البايع
يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكر
ويدعي المشتري زيادة المبيع والبايع
ينكر الا ان الخلاف فيهما وان كان الخلاف
في احدهما فاحدهما يدعي زيادة البدل
والاخر ينكره والمنكر منهما يدعي وجوب
تسليم البدل على صاحبه عند تسليمه
البدل والاخر ينكر فصارا مدعيين

[illegible]

ومنكرين

ومنكرين فتقبل بينة كل واحد منهما لكونه
مدعيا ويحلف كل واحد منهما لكونه منكرا
وهذا اذا كان قبل قبض احد البدلين
فظاهر وهو قياس وان كان بعده
فالتحالف للقياس لان القابض منهما لكونه
منكرا وهذا اذا كان قبل قبض احد
البدلين فظاهر وهو قياس وان كان
بعده فالتحالف مخالف للقياس لان القابض منهما
لا يدعي شيئا على صاحبه وانما ينكر ما ادعى
الاخر ولكن عرفناه بالنص وهو قوله
عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان
والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا
قال ومن نكل لزمه دعوى الاخر
لانه صار مقرا به او باذلا فلا يلزمه اذا
انفصل به القضاء وهو المراد بقوله لزمه
دعوى الاخر لانه بدون اتصال القضاء
لا يوجب شيئا اما على اعتبار البذل فظاهر
واما على اعتبار انه اقرار فلانه اقرار فيه
شبهة البذل فلا يكون موجبا بانفراده
وهذا الذي ذكرناه في التحالف اذا كان
الاختلاف في البدل مقصودا واما اذا كان
في ضمن شيء اخر نحو ان يشتري الرجل من اخر
سمنا في زق وزنه مائة رطل ثم جاء بالزق

ليرده على صاحبه وزنه عشرون فقال
البايع ليس هذا رطلي وقال المشتري
هو رطلك فالقول قول المشتري سواء
سمى لكل رطل ثمنا او لم يسم فجعل هذا
اختلافا في المقبوض وفيه القول قول
القابض في نفس المقبوض والمقبوض فكذا
في مقدار المقبوض وان كان في ضمنه
اختلافا في الثمن لان الثمن يزداد بنقصان
الرق وينقص بزيادته فالبايع يدعي
زيادة الثمن والمشتري ينكر ولم يعتبر
هذا الاختلاف في ايجاب التحالف لان
الاختلاف فيه وقع مقتضى اختلافهما
في الرق قال **وان اختلفا في الاجل**
او شرط الخيار او في قبض بعض الثمن
او بعد هلاك المبيع او بعضه او في بدل
الكتابة او في راس المال بعد اقالة السلم
لم يتحالفا والقول للمنكر مع يمينه اما
الاختلاف في الاجل او في شرط الخيار او في قبض
بعض الثمن فلانه اختلاف في غير المعقود
عليه والمعقود به فاشبه الاختلاف
في الحط والابراء ولهذا لا يختل العقد بانعدامه
بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه
حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر

ظ
اختلاف

حتى

حتى يجري فيه التحالف لانه يرجع الى نفس
الثمن لانه يعرف بالوصف لا غير لكونه
دينا في الذمة ولا كذلك الاجل لانه
ليس بوصف له الا ترى ان للثمن وجودا
بدونه وكذا مستحقهما مختلف فان الثمن
حق البايع والاجل حق المشتري ولو كانه
وصفا للثمن لكان حق البايع وقال زفر
والشافعي يتحالفان في الاجل اذا اختلفا
في اصله او قدره لان هذا في معنى الاختلاف
في مقدار مالية الثمن فان المؤجل انقص
من الحال في المالية ولان النص اوجب
التحالف عند اختلاف المتبايعين ولم يفصل
قلنا وجوب التحالف متعلق باختلاف
المتبايعين وهو اسم مشتق من البيع
فيتعلق وجوبه باختلافهما فيما يثبت به
البيع وهو ما يثبت بالمبيع والثمن لا بالاجل
متن الحديث
فصار كانه قال اذا اختلف المتبايعان
في المبيع او الثمن تحالفا وقد بينا ان الاجل
ليس بوصف للثمن اذ لو كان وصفا له لتبعه
عند ذهابه اذ الشيء لا يبقى بدون وصفه
ولا فرق بين الاجل في السلم وبين ما نحن
فيه عند ابي حنيفة رحمه الله فانه جعل هنالك
القول قول من يدعي الاجل وجعل القول

هنا لمنكره والفرق انه شرط في السلم
وتركه فيه مفسد للعقد واقدامهما عليه
يدل على الصحة فكان القول لمن يدعيه لان
الظاهر يشهد له بخلاف ما نحن فيه لانه
لا تعلق له في الصحة والفساد فيه فكان القول
للنافيه لان الاجل اجنبي عن العقد ولهذا
لو شهد احد الشاهدين بانه باعه الف
الى شهر وشهد الاخر بانه باعه بالف ولم
يذكر الاجل تقبل شهادتهما كما لو شهد
احدهما انه باعه بشرط الخيار الى ثلاثة
ايام ولم يذكر الاخر الخيار ولو كان وصفا
للثمن لما قبل وكذا اذا اختلفا في اصل البيع
او في مكان ايفاء المسلم فيه لا يتحالفان لان
احدهما منفرد في انكار اصل البيع ن
والاختلاف في مكان الايفاء وقد مر
بيانه في البيوع واما اختلافهما بعد
هلاك المبيع فالمذكور هنا قول ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد والشافعي
رحمهما الله يتحالفان ويفسخ البيع على
قيمة الهالك وعلى هذا الخلاف اذا خرج
المبيع عن ملكه او صار بحال لا يمكن رده
لهما قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف
المتبايعان تحالفا وترادا مطلقا من غير

اشتراط

اشتراط قيام السلعة والمراد باشتراطه
في الحديث الاخر التنبيه على عدم سقوطه
في حالة الزيادة فيهما كان يقول والله اعلم
تحالفا وان كانت السلعة قائمة لانه يمكن
تمييز الصادق من الكاذب اذا كانت
السلعة قائمة بتحكيم قيمتها في الحال
ولا يمكن ذلك بعد الهلاك فاذا كان يجري
التحالف بينهما مع امكان المعرفة فاولى
ان يجري عند عدم الامكان ولان كل واحد
منهما يدعي عقدا غير العقد الذي يدعيه
صاحبه اذ البيع بالف غير البيع بالفين
الا ترى ان الشاهدين في البيع اذا اختلفا
في قدر الثمن لا تقبل شهادتهما لعدم كمال
النصاب في كل واحد من البيعين فصار كما
اذا ادعى احدهما البيع والاخر الهبة او كان
البيع مقايضة فهلك احد البدلين او
اختلفا في جنس الثمن وفي التحالف فائدة
وتسليم ما يدعيه البائع له على تقدير نكول
المشتري او سقوط الثمن كله عن المشتري
على تقدير عدم نكوله ولابي حنيفة وابي
يوسف قوله عليه الصلاة والسلام اذا
اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا
وترادا شرط ان تكون السلعة قائمة وما

روايه من المطلق محمول عليه ولفظ الترادّ
تنبيه يدل عليه لان التراد يكون في القايم
دون الهالك ولانه يحمل المطلق على المقيد
اذا كان الراوي لهما عن النبي صلى الله عليه
وسلم حيث يترك كل واحد منهما على
حاله فيعمل بهما ما لم يمكن الاطلاق والتقييد
القيد الى غفلته وقلة ضبطه بخلاف
ما اذا اختلف الراويان عن النبي صلى الله
عليه وسلم حيث يترك كل واحد منهما
على حاله فيعمل بهما ما لم يمكن الاطلاق
والتقييد في حكم واحد واحد ويحمل وههنا
الحديثان متغاير وبهما ابن مسعود
عن النبي صلى الله عليه وسلم فيؤخذ بالمقيد
لما ذكرنا والتحالف بعد القبض على
خلاف القياس على ما بينا فلا يلحق به
غيره فلا يتعدى الى حال هلاك السلعة
لانه ليس في معناه اذ لا يعود كل واحد
منهما الى راس ماله ولا يدّعي المشتري
فيه شيئا بخلاف ما قبل القبض على ما
بيناه ولانه بالتحالف يفسخ العقد
والفسخ يرد على عين ما ورد عليه العقد
فيشترط قيامه كالعقد ولهذا لا يجوز
الاقالة ولا الرد بالعيب اي بكل العقد بعد هلاكه

ولا

ولا معنى لقولهما ان كل واحد منهما يدعي
عقدا غير ما يدعيه الاخر فان العقد
لا يختلف باختلاف قدر الثمن من جنس
واحد الا ترى ان الوكيل بالبيع بالف يبيعه
بالفين وان البيع بالف يصير بالفين
بالزيادة في الثمن وبخمسمائة بالحط وانما
لا تقبل شهادتهما اذا اختلفا في القدر
مع اتحاد الجنس لان المدعي احدهما
لا لاختلاف العقد بخلاف ما لو اختلفا
في جنس الثمن لان البايع يدعي عليه الدنانير
والمشتري ينكر والمشتري يدعي الشراء
بالدراهم والبايع ينكر وانكاره صحيح
وكذا دعواه لان المبيع لا يسلم له
الا بثمن فكان دعواه الثمن دعوى
المبيع ولم يتفقا على الثمن وههنا اتفقا
على الف وهو يكفي للصحة ولهذا لو كان
المبيع جارية جاز وطيها قبل الفسخ
بعد التحالف ولو كان مختلفا لما صح كما
ادعى احدهما هبة والاخر بيعا لاختلافهما
حقيقة وبخلاف بيع المقايضة لان كل
واحد منهما مبيع فكان المبيع قايما ببقاء
المعقود عليه ولهذا تجوز الاقالة فيه
ويرد بالعيب فاذا كان باقيا رده ورد

الا خر مثل الهالك ان كان من ذوات
الامثال والا فقيمته ولا نسلم ان في التحالف
هنا فائدة ~~منافائدة~~ لان المقصود
في الفسخ ان لا يسلم لكل واحد منهما
العوض ويرجع اليه عين ماله الذي
ورد عليه العقد وما يسلم المبيع للمشتري
بقيمته كما يسلم له بالثمن اذا لم ينفسخ فلا
يتقيد باختلاف سبب السلامة بعد
حصول المقصود كمن اقر بالف من ثمن
متاع فقال المقر له من غصب فانه يؤمر
بالدفع اليه لاتحاد الحكم بخلاف ما اذا قال
بعتني هذه الجارية فانكر وقال ما بعتكها
وانما زوجتكها فانه لا يجوز له ان يطاها
لاختلاف الحكم فان حكم ملك اليمين
خلاف حكم الزوجية وكذا لا يرجع الى
البائع بالفسخ عين ماله الذي ورد عليه
~~العقد ومما يسلم المبيع للمشتري بقيمته~~
~~كما يسلم له بالثمن اذا لم ينفسخ فلا يتقيد~~
~~باختلاف سبب السلامة بعد حصول~~
~~المقصود كمن اقر بالف من ثمن متاع فقال~~
~~المقر له من غصب فانه يؤمر بالدفع~~
~~اليه لاتحاد الحكم بخلاف ما اذا قال بعتني~~
~~هذه الجارية فانكر وقال ما بعتكها وانما~~

زوجتكها

٤٠٧

~~زوجتكها فانه لا يجوز له ان يطاها لاختلاف~~
~~الحكم فان حكم ملك اليمين خلاف حكم الزوجية~~
~~وكذا لا يرجع الى البائع بالفسخ عين~~
~~ماله الذي ورد عليه العقد~~ فلا يكون
في الفسخ فائدة لان ما يعتبر من الفائدة
من عود ما ورد عليه العقد الى صاحبه
لا اي فائدة كانت واما اختلافهما بعد
هلاك بعض المبيع فالمذكور هنا قول ابي
حنيفة رضي الله عنه وصورته انه باع
عبدين صفقة واحدة ثم هلك
احدهما عند المشتري ثم اختلفا في
الثمن قال القدوري فيها يتحالفان
الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك
ويجعل هذا في النهاية لفظ المبسوط وفي
الجامع الصغير القول قول المشتري مع
يمينه عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان
يشاء البائع ان ياخذ الحي ولا شيء له وقال
قاضي خان وذكر في الاصل الا ان يشاء
البائع ان ياخذ الحي ولا ياخذ من ثمن
الميت شيئا وقال ابو يوسف يتحالفان
في الحي ويفسخ العقد فيه ولا يتحالفان
في الهالك ويكون القول فيه قول
المشتري وقال محمد رحمه الله يتحالفان

عليهما ويفسخ العقد فيهما ويرد الحي وقيمة
الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف
عنده فهلاك البعض اولى ان لا يمنع ولابي
يوسف رحمه الله ان امتناع التحالف
للهلاك فيتقدر بقدره ولابي حنيفة
رحمه الله ان التحالف بعد القبض
ثبت بالنص على خلاف القياس وورد
الشرع به في حال قيام السلعة والسلعة
اسم لجميعها فلا تبقى السلعة بعد فوات
جزء منها ولانه لا يمكن التحالف في القايم
الا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد
من القسمة على قيمتهما والقيمة تعرف
بالحزر والظن فيودي الى التحليف مع
الجهل وذلك لا يجوز الا ان يرضى البايع
ان يترك حصة الهالك فحينئذ يكون
الثمن كله بمقابلة الحي ويخرج الهالك
عن العقد فيكون كان العقد وقع على
هذا فيتحالفان فان حلفا فسخ العقد
فيه واخذه ولا ياخذ من ثمن الهالك
~~عن العقد فيكون كان العقد وقع على~~
~~هذا فيتحالفان فان حلفا فسخ العقد~~
~~فيه واخذه ولا ياخذ من ثمن الهالك~~
ولا من قيمته شيا وانما شكل لرسمه

دعوى

٤٠٨

دعوى الاخر ولفظ الجامع الصغير يدل
على انهما لا يتحالفان وان لا يحلف المشتري
وحده لان المستثنى منه يمين المشتري
لانه المذكور قبله وقال في النهاية
وتكلموا ان هذا الاستثنا الى ماذا ينصرف
قال مشايخ بلخ رحمهم الله ينصرف الى
يمين المشتري ومعناه ان البايع ياخذ
الحي منهما صلحا عما يدعيه قبل المشتري
من الزيادة ويجعل صلحهما على هذا العبد
كصلحهما على عبد اخر وصار تقدير
ما قال في الكتاب اي الجامع الصغير على قول هولا لا يتحالفان
عند ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه ويكون
القول قول المشتري مع يمينه الا ان
ياخذ البايع الحي ولا ياخذ شيا اخر
فحينئذ لا يحلف المشتري قال شيخ الاسلام
المعروف بخواهر زاده هذا لا يقوى لان
الاخذ معلق بمشية البايع ولو كان اخذ
الحي بطريق الصلح لكان معلقا بمشيتهما
قال الراجي عفو ربه ليس في هذا الاخذ
فايدة له ايضا ولا يحتملها فلا يصار اليه
لان ترك حصة الهالك من الثمن من غير
بدل يقابله ليس من الحكمة ثم قال وعامة المشايخ
على ان الاستثنا ينصرف الى التحالف وصار تقدير

ولفظ المبسوط يدل على هذا
لان المستثنى منه عدم التحالف
لان المذكور فيه قبل الاستثنا
قوله لم يتحالفا صح

ما قال في الكتاب على قوله هو لا يتحالفان
عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يشا البايع
ان ياخذ الحي ولا ياخذ من ثمن الميت شيا
فحينئذ يتحالفان لان المذكور قبل الاستثنا
التحالف دون يمين المشتري فكان صرف
الاستثنا الى المذكور اولى وبعضهم قالوا
لا بل ينصرف الى يمين المشتري على معنى ان
البايع اذا رضي ان ياخذ الحي ولا ياخذ من
ثمن الميت شيا ~~فحينئذ يتحالفان لان المذكور~~
~~قبل الاستثنا التحالف دون يمين المشتري~~
~~فكان صرف الاستثنا الى المذكور اولى~~
~~وبعضهم قالوا لا بل ينصرف الى يمين~~
~~المشتري على معنى ان البايع اذا رضي ان ياخذ~~
~~الحي ولا ياخذ من ثمن الميت شيا فحينئذ~~
لا يحلف المشتري لان البايع اذا اعرض
عن دعواه لا معنى لتحليف المشتري وهذا
مثل الاول في عدم الفايدة ثم قال وقال
الامام الكيساني رحمه الله ياخذ البايع
(او صاحب البدايع)
في حق الهالك من الثمن ما يقر به
المشتري فحينئذ ~~لا يحلف المشتري لان~~
~~البايع اذا اعرض عن دعواه لا معنى لتحليف~~
~~المشتري وهذا مثل الاول في عدم~~
~~الفايدة ثم قال وقال الامام الكيساني~~

رحمه

~~رحمه الله ياخذ البايع في حق الهالك من~~
~~المشتري ما يقر به المشتري فحينئذ لا~~
~~يحلف~~ لان الاستحلاف انما شرع في حق
المشتري اذا كان ينكر ما يدعيه البايع
البايع من الزيادة فاذا ترك البايع دعوى
الزيادة واخذ الحي ورضي به المشتري
فلا حاجة الى استحلاف المشتري والصحيح
(من كلام الامام الكرخي)
هو ترك دعوى الزيادة في الثمن لا ترك
ثمن الهالك لان البايع لا يترك ثمن الهالك
كله وانما يترك الزيادة على ما يقر به المشتري
ومعنى قوله لا ياخذ شيا اي لا ياخذ من
الزيادة التي يدعيها شيا وعلى هذا التقدير
يكون الاستثنا منصرفا الى يمين المشتري
ومن اصحابنا من قال ينصرف الاستثنا الى
التحالف وهو الظاهر لان المانع من التحالف
هو الهالك فكذا بخروجه من ان يكون
مبيعا فصار كان المبيع هو الحي وحده او
برضاه بما اقر به المشتري من ثمن الهالك
فلم يبق الاختلاف بينهما الا في ثمن الحي
فيتحالفان فايهما نكل لزمه دعوى الاخر
ثم تفسير التحالف على قول محمد رحمه الله
ظاهر لان الهلاك عنده لا يمنع فصار
كانهما حيان واختلفوا في تفسيره على قول

ابى يوسف رحمه الله تعالى بعضهم يتحالفان على
القايم بحصته من الثمن دون الهالك لان التحالف
للفسخ والفسخ لا يرد على الهالك وهذا لا يقوى
لان المشترى لو حلف بالله ما اشترى القايم
بالف يكون صادقا لان من اشترى شيئين
بالفى درهم ثم حلف بالله ما اشترى احدهما
بالف كان صادقا فلم يمتنع عن الحلف فلم
يفد التحالف فايدته والصحيح ان يحلف
المشترى بالله ما اشتراهما بالفين فان نكل
لزمه دعوى الاخر وان حلف يحلف البايع
بالله ما باعهما بالف فان نكل لزمه دعوى
المشترى وان حلف فسخ العقد بينهما فى
القايم وسقط حصته من الثمن ويلزم
المشترى حصة الهالك من الثمن الذى يقر به
المشترى فانه يقسم على قيمتهما يوم القبض
فما اصاب الحى سقط وما اصاب الهالك لزم
المشترى وان اختلفا فى قيمة الهالك فان
اقام احدهما بينة تقبل بينته وان اقاما
البينة فبينة البايع اولى لانها تثبت الزيادة
وان لم يكن لهما بينة كان القول قول البايع
لانه هو المنكر لان الثمن كله كان واجبا
على المشترى ثم المشترى يدعى زيادة
السقوط بدعوى قلة قيمة الهالك والبايع

ينكر

ينكر ذلك فكان القول قوله وهو قياس
ما ذكرنا لا مثل فى رجل اشترى عبدين
وقبضهما ثم رد احدهما بعيب وهلك
الاخر عند المشترى سقط عنه ثمن ما رده
ويجب عليه ثمن ما هلك عنده ويقسم
الثمن على قدر قيمتهما وان اختلفا فى قيمة
الهالك واقام احدهما بينة تقبل بينته
وان اقاما البينة فبينة البايع اولى لانها
اكثر اثباتا وان لم يكن لهما بينة كان
القول قول البايع مع يمينه لانهما اتفقا
على وجوب كل الثمن ثم المشترى يدعى زيادة
السقوط بدعواه ان قيمة الهالك اقل والبايع
ينكر فكان القول له ايضا وهذا الفقه
اى العلة الفقهية
وهو ان الايمان يعتبر فيها الحقيقة لانها
تتوجه على احد الخصمين وهما يعرفان
حقيقة الحال فيبنى الامر عليها والبايع
منكر حقيقة فكان القول له وفى البينات
يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان
حقيقة الامر فاعتبر الظاهر فى حقهما
والبايع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته ايضا
وترجحت بالزيادة الظاهرة وعند ابى
حنيفة رحمه الله ان البايع اذا رضى ان
يترك حصة الهالك من الثمن يتحالفان عند

بعضهم على الوجه الذي ذكرنا لابي يوسف
رحمه الله هذا اذا هلك بعضه بعد
القبض وان هلك قبله يتحالفان بالاتفاق
وكذا لو رد احدهما بعيب لان الكل
يعود الى ملكه فلا يودي الى تفريق
الصفقة على البائع فعلم بهذا ان
التعليل بان السلعة اسم لجميعها غير
سديد واما اختلافهما في بدل الكتابة
فالمذكور هنا قول ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو
قول الشافعي رضي الله عنه لان الكتابة
عقد معاوضة يقبل الفسخ وكل واحد
منهما مدع على الاخر لان المولى يدعي بدلا
زايدا والعبد ينكره والعبد يدعي استحقاق
العتق على المولى عند اداء ما يقر به والمولى
ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا في الثمن
وهو قبل القبض يوافق للقياس فيتعدى
اليه ولابي حنيفة رحمه الله ان البدل
في الكتابة مقابل بفك الحجر وهو ملك
التصرف واليد للحال وقد سلم ذلك للعبد
ولا يدعي على مولاه شيئا وقد بينا ان
التحالف بعد القبض على خلاف القياس
فلا يتحالفان فيكون القول قول العبد

لكونه منكرا وانما يصير مقابلا بالعتق
عند الاداء وقبله لا يقابله اصلا حتى يقال
فيه انه اختلاف قبل القبض وهو نظير
الاجرة فانها مقابلة بالعين المستاجرة
عند العقد ثم ينتقل الى المنفعة عند
الاستيفاء وكذا الكتابة ليست في معنى
البيع صورة ومعنى لان صورة البيع للاسترباح
وهو مبني على التضييق والكتابة بخلافه
والبيع يقبل الفسخ بعد تمامه والكتابة
لا تقبل الفسخ بعد التمام فلا يكون في معناه
فلا يتحالفان توضيحه ان البيع لازم من
الجانبين فالمصير الى التحالف فيه مفيد
حتى اذا نكل احدهما لزمه دعوى الاخر
ولا يتحقق ذلك في الكتابة لان المكاتب
اذا نكل لا يلزمه شيء لتمكنه من الفسخ
بالتعجيز والدين فيه غير لازم حتى لا يجوز
الكفالة به ولا نسلم انه معاوضة مطلقا
لان الكل مال المولى من وجه فلا يكون في
معنى البيع فاذا انعدم التحالف يجب
اعتبار الدعوى والانكار فيكون القول
للمنكر وهو العبد وان اقام احدهما
بينة تقبل بينته لانه نور دعواه
بها وان اقاما البينة كانت بينة المولى



اولى لانها تثبت الزيادة الا انه اذا ادى
قدر ما اقام البينة عليه يعتق لانه
اثبت الحرية لنفسه عند اداء هذا
القدر فوجب قبول بينته على ذلك
فصار نظير ما لو كاتبه على الف درهم
على انه ان ادى خمسماية يعتق ولا
يمتنع ان يكون عليه بدل الكتابة
بعد الحرية كما ذكرنا وكما لو استحق بدل
الكتابة فان الحرية لا ترتفع ~~بعد الحرية~~
~~كما ذكرنا وكما لو استحق بدل الكتابة~~
~~فان الحرية لا ترتفع~~ بعد النزول
ويجب عليه البدل واما اذا اختلفا
في راس المال بعد اقالة السلم فلان
الاقالة في باب السلم ليس ببيع بل
هو ابطال من كل وجه فان رب السلم
لا يملك المسلم فيه بالاقالة بل يسقط
فلم يكن فيها معنى البيع حتى يتحالفا
فاعتبر فيه حقيقة الدعوى والمسلم
اليه هو المنكر حقيقة فكان القول له
ولا يعود السلم ولان المقصود من
التحالف فسخ العقد حتى يعود كل واحد
منهما الى راس ماله واليه الاشارة النبوية
بقوله عليه الصلاة والسلام تحالفا

وترادا

وترادا والتحالف في الاقالة في السلم لا يفيد
هذا المقصود وهو فسخ الاقالة لان الاقالة
في السلم بعد تمامها لا يحتمل الفسخ بساير
اسباب الفسخ الاخرى الا ترى انهما لو تقايلا
ونقضا الاقالة لا تنتقض وكذا لو
كان راس المال عرضا فقبضه المسلم
اليه ثم رده عليه بعيب بقضاء قاض ثم
هلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود
السلم فكذا بالتحالف لا تنتقض الاقالة
ولا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع
حيث تنتقض بهذه النواقض والفقه
فيه ان المسلم فيه سقط بالاقالة فلو
انفسخت الاقالة لكان حكم انفساخها
عود المسلم فيه والساقط لا يحتمل العود
بخلاف الاقالة في البيع لانه عين فامكن
عودها الى ملك المشتري قال **وان
اختلفا في الثمن بعد الاقالة تحالفا**
معناه اذا اختلفا بعد ما تقايلا
قبل قبض المبيع بحكم الاقالة فانهما يتحالفان
اذا لم يكن لهما بينة ويعود البيع الاول
لان التحالف قبل القبض موافق للقياس لان
كل واحد منهما مدع ومنكر فيتعدى الى الاقالة
كما يتعدى الى الاجارة والى الوارث والى القيمة

مقدارم

المبيع فيها اذا استهلك المبيع غير المشتري
ولو قبض البايع المبيع بعد الاقالة فلا
يتحالفان عند ابي حنيفة رحمه الله
وابي يوسف رحمه الله وعند محمد
يتحالفان لانه يرى النص معلولا بعد
القبض ايضا قال **وان اختلفا في المهر**
البرهان تقبل لمن برهن اي لمن اقام البينة
لانه نور دعواه بها وهي كاسمها بينة
قال **وان برهنا فللمراة** اي اذا اقاما
البينة كانت بينة المراة اولى لانها
تثبت الزيادة والبينات للاثبات فكانت
اولى هذا اذا كان مهر المثل يشهد
للزوج بان كان مثل ما يدعي الزوج
او اقل لان الظاهر يشهد للزوج وبينة
المراة تثبت خلاف الظاهر والبينات
للاثبات على ما بينا وان كان مهر مثلها
لا يشهد لها ولا له بان كان اقل مما ادعته
المراة واكثر مما ادعاه الزوج فالصحيح
انهما يتهاتران لانهما استويا في الاثبات
لان بينتها تثبت الزيادة وبينته تثبت
الحط فلا يكون احدهما اولى من الاخرى
قال **وان عجزا** اي عن اقامة البينة
تحالفا ولم يفسخ النكاح لان يمين كل واحد منهما

فكانت اولى وان كان مهر المثل يشهد لها بان كان مثل ما تدعيه او اكثر كانت بينة الزوج اولى لانها تثبت الحط وهو خلاف الظاهر ح

ينتفي

ينتفي به ما يدعيه صاحبه من التسمية
فيبقى العقد بلا تسمية وذلك غير مفسد للنكاح
فلا حاجة الى الفسخ بخلاف البيع قال **بل حكم**
مهر المثل فتقضي بقوله لو كان كما قال او
اقل وبقولها لو كان كما قالت او اكثر
وبه لو بينهما اي بين ما قالته هي وبين
ما قاله هو لانه لما انتفى بينهما التسمية
احتيج الى تحكيم مهر المثل وان لم يشهد
لواحد منهما بان كان اقل مما ادعت واكثر
مما اقر به هو تقضي بذلك وهذا تخريج
الكرخي رحمه الله وتخريج الرازي خلاف ذلك
فانه يبدا باليمين اولا ثم يجعل القول
لمن يشهد له الظاهر وهو مهر المثل مع يمينه
وان لم يشهد لواحد منهما بان كان
بينهما تحالفا ويبدا بيمين الزوج لتعجيل
الفائدة وقد بيناه مفصلا في النكاح وعند
ابي يوسف رحمه الله لا يتحالفان ويكون
القول قول الزوج مع يمينه الا ان ياتي
بشيء مستنكر وقد بيناه في النكاح قال
ولو اختلفا في الاجارة قبل الاستيفاء
تحالفا يعني قبل استيفاء المنافع لان الاجارة
قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض
المبيع من حيث ان كل واحد منهما مدع

فيقضي بقول من يشهد له مهر المثل ح

على صاحبه ومنكر لما يدعيه صاحبه
ومن حيث انهما يحتملان الفسخ وهما عقد
معاوضة فان قيل قيام المعقود عليه شرط
للتحالف والمنفعة معدومة فوجب ان
لا يجرى فيها التحالف قلنا في العقد وهو يجرى
التحالف كما في السلم ولان العين المستاجرة
اقيمت مقام المنفعة في حق ايراد العقد
عليها فصارت كانها قائمة ثم ان كان
الاختلاف في الاجرة بدئ بيمين المستاجر
وان وقع في المنفعة بدئ بيمين الموجر
وايهما نكل لزمه دعوى الاخر وايهما
اقام البينة تقبل بينته وان اقاما معا
فبينة الموجر اولى في الاجرة وبينة المستاجر ان كان الاختلاف
اولى في المنفعة لان البينة للاثبات فما
كان اكثر اثباتا كان اولى قال **وبعده**
لا والقول قول المستاجر اى وان اختلفا
بعد استيفاء المنافع لا يتحالفان وكان
القول قول المستاجر مع يمينه لان فائدة
التحالف الفسخ والمنافع المستوفاة لا يمكن
فسخ العقد فيها فامتنع التحالف وهذا
عندهما ظاهر لان هلاك المعقود عليه
يمنع التحالف عندهما وكذا عند محمد لان
الهلاك انما يمنع عنده في المبيع لما ان له

قيمة

قيمة تتقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو
جرى التحالف هنا وفسخ العقد فلا قيمة لان
المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وبالفسخ
يرتفع العقد فيتبين انه لا عقد فاذا امتنع
التحالف كان القول قول المستاجر لانه
هو المنكر قال **والبعض معتبر بالكل** معناه
اذا استوفى بعض المنافع فالبعض يعتبر كل
واحد منهما بالكل حتى يمتنع التحالف في
المستوفى ويكون القول فيه قول المستاجر
كما لو استوفى الكل ويجرى التحالف في الباقي
وينفسخ العقد فيه كما اذا لم يستوف شيئا
وهذا بالاجماع فابو يوسف رحمه الله
مر على اصله في هلاك بعض المبيع فان
التحالف فيه عنده يتقدر بقدر الباقي
وكذا ايضا وهما خالفا اصلهما في المبيع والفرق
لمحمد رحمه الله ما بيناه في استيفاء الكل من ان
المنافع لا تتقوم الا بالعقد فلو تحالفا لا يبقى
العقد فلم يكن ايجاب شيء والفرق لابي حنيفة
رحمه الله ان العقد في الاجارة ينعقد ساعة
فساعة على حسب حدوث المنافع فيصير
كل جزء من المنافع كالمعقود عليه عقدا مبتدأ
على حدة فلا يلزم من تعذر التحالف في
الماضي التعذر فيما بقي اذ هما في حكم عقدين

مختلفين فيتحالفان فيه بخلاف ما اذا
هلك بعض المبيع حيث يمتنع التحالف فيه
عنده في الكل لانه عقد واحد فاذا امتنع
في البعض امتنع في الكل ضرورة كيلا يودي
الى تفريق الصفقة على البايع قال
وان اختلف الزوجان في متاع البيت فالقول
لكل واحد منهما فيما يصلح له لان الظاهر
يشهد له ولا فرق في ذلك بين ان يكون النكاح
قايما بينهما او لم يكن قايما وما يصلح للرجل
العمامة والقبا والقلنسوة والطيلسان
والسلاح والمنطقة والكتب والقوس والدرع
الحديد فيكون القول فيها قوله مع يمينه لما
بينا وما يصلح للمراة الخمار والدرع له
والاساورة وخواتيم النسا والحلي والخلخال
وامثال ذلك فان القول فيها قولها لما ذكرنا
الا اذا كان الزوج يبيع هذه الاشيا فلا
يكون القول قولها لتعارض الظاهرين
وكذلك اذا كانت المراة تبيع ما يصلح للرجال
لا يكون القول قوله في ذلك قال وما
يصلح لهما اي اذا اختلفا فيما يصلح لهما
كان القول قوله لان المراة وما في يدها
في يد الزوج والقول لصاحب اليد في الدعاوى
بخلاف ما يختص بالمراة لان ظاهره يقابله

ظاهر

ظاهر اخر من جهتها فيتعارضان فيرجح
بالاستعمال من جهتها والذي يصلح لهما الفراش
والامتعة والاواني والرقيق والعقار والمواشي
والنقود قال فان مات احدهما فالحي
اي اذا مات احد الزوجين واختلف الحي منهما
مع ورثة الاخر كان المتاع للحي والمراد
من المتاع ما يصلح لهما وهو المشكل وما لا
اشكال فيه وهو ما يصلح لاحدهما ولا
يصلح للاخر فهو على ما كان قبل الموت ويقوم
ورثته مقامه فيه وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وخالفه ابو يوسف رحمه الله في
المشكل فقال يدفع الى المراة من المشكل
ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه
ولورثته بعد موته وقال محمد رحمه الله
مثل ما قال ابو حنيفة ان ما يصلح لاحدهما
فهو له وما يصلح لهما فهو للزوج الا ان قوله
هذا لا يختلف بين ان يكون في حياتهما او
بعد موت احدهما فحاصله انهم اتفقوا ان
ما يصلح لاحدهما فهو لمن يصلح له في الحياة والموت
حتى يقوم ورثته مقامه واختلفوا فيما يصلح
لهما فابو حنيفة رحمه الله جعله للزوج في حال
حياتهما وللباقي منهما بعد موت احدهما
ومحمد رحمه الله جعله للزوج في الحالتين

وابو يوسف رحمه الله يجعل منه للمراة قدر
ما يجهز به مثلها في الحالتين لانها تاتي بالجهاز
عادة فكان الظاهر شاهدا لها وهو
اقوى من ظاهر يد الزوج فيبطل به ظاهره
ولا معارض في الباقي فيعتبر ولهما في الاستوا
بين الحالتين ان الورثة يقومون مقام
الميت لانهم خلفاؤه فلا يتغير الحكم في
المشكل بالموت كما لا يتغير في غير المشكل ولابي
حنيفة رحمه الله ان يد الباقي منهما اسبق
الى المتاع لان الوارث تثبت يده بعد
موت المورث فيقع به الترجيح كما يقع بالسبق بالصلاحية
للاستعمال على ما بينا بل اولى لان للسبق
رجحانا مطلقا حتى يرجح به في غير هذا الباب
بخلاف الصلاحية ولان يد الباقي منهما يد
لنفسه ويد الوارث خلف عن يد المورث
فلا يعارض الاصل وقال زفر رحمه الله
المشكل بينهما نصفان والباقي مثل ما قال
ابو حنيفة رحمه الله وعنه ان المتاع كله
بينهما نصفان وبه قال مالك والشافعي
لانهما استويا في سبب الاستحقاق اذ هما
ساكنان في بيت واحد والبيت مع ما فيه
في ايديهما ولا معتبر بالشبه في الخصومات
الا ترى ان اسكافا وعطارا لو اختلفا في آلة

416

الاساكفة او آلة العطارين وهي في ايديهما
فهي بينهما نصفان ولا ينظر الى ما يصلح
لاحدهما لانه قد يتخذه لنفسه او للبيع
فلا يصلح مرجحا وقال الحسن البصري
المتاع كله للمراة وليس للرجل الا ما عليه من
ثياب بدنه لان المراة هي الساكنة فيه
ولهذا تسمى قعيدة البيت ويد صاحب البيت اي رب البيت
على ما في البيت اقوى واظهر من يد غيره وفي
الدعاوى يقدم صاحب اليد وقال ابن ابي
ليلى المتاع كله للزوج كيف ما كان لان المراة
في يد الزوج فما في البيت ايضا يكون في يده
وان كان البيت لها الا ترى انه صاحب
البيت وان البيت يضاف اليه فصار بمنزلة
الموجر مع المستاجر اذا اختلفا في متاع
المنزل فان القول للمستاجر لكونه مضافا
اليه بالسكنى وليس للموجر سوى ما عليه من
ثياب بدنه فكذا هذا وهذه هي المسبعة
وقد ذكرنا الاقاويل السبعة بحمد الله تعالى
قال ولو كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر في الحياة
وللحي في الموت اي لو كان احد الزوجين
مملوكا واختلفا في متاع البيت كان المتاع
للحر في حال حياتهما وللحي منهما بعد موت
احدهما ايهما كان لان يد الحر اقوى لانها

بيد ملك ولا كذلك يد المملوك واما اذا مات
احدهما فلا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض
فكان للحي منهما هكذا ذكر الحكم في الهداية والجامع
الصغير للصدر الشهيد وصدر الاسلام
وشمس الائمة الحلواني وفخر الاسلام وقاضي
خان وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله
في شرح الجامع الصغير وكذا ان مات احدهما
كان المتاع للحر منهما وهو سهو وهذا على اطلاقه
قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا العبد المأذون
له في التجارة والمكاتب كالحر لان لهما يدا معتبرة
في الخصومة ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب في
شيء هو في ايديهما يقضى به بينهما لاستوائهما
في اليد ولو كان في يد ثالث واقاما البينة استويا
فيه حتى يقضى به بينهما فكذا في متاع البيت وابو
حنيفة رحمه الله يقول ان يد المملوك لا تكون
مساوية ليد الحر فان يده يد نفسه من كل
وجه ويد المملوك يد الغير وهو المولى من
وجه ولان يد الحر يد ملك حقيقة ويد
المملوك ليست بيد ملك فكانت يد
الحر اقوى فترجحت به في حق متاع البيت
الا ترى انها تترجح بالصلاحية فهذا اولى
ان تترجح به بخلاف سائر الخصومات فانها
لا تترجح بالصلاحية فكذا لا تترجح بالحرية لان

الظاهر

وفي بعض النسخ [illegible]

الظاهر هنا يشهد بالاستعمال فكانت
الصلاحية والملك فيه اقوى دلالة عليه
فترجحت وبهذا يجاب عن قول زفر رحمه
الله ومن قال بقوله في استدلالهم على التنصيف
باختلاف العطار والاسكاف في آلة احدهما
فيما تقدم والله اعلم بالصواب فصل
قال رحمه الله قال المدعى عليه هذا الشيء
اودعنيه او آجرنيه او اعارنيه فلان الغائب
او رهنه او غصبته منه وبرهن عليه دفعت
خصومة المدعي لانه اثبت ببينته ان العين
وصلت اليه من جهة الغائب وان يده
ليست بيد خصومة فصار كما اذا اقر
المدعي بذلك او اثبت ذو اليد اقراره به
واشترط اثبات هذه الاشياء دون الملك
حتى لو شهدوا بالملك للغائب دون هذه الاشياء
لم تندفع الخصومة وبالعكس تندفع وقال
ابن شبرمة لا تندفع الخصومة ولو اقام
البينة به لانه بظاهر يده صار خصما
ولا يخرج عنه باقامة البينة لان الملك
لا يثبت بها للغائب لعدم الخصم عنه ولا
ولاية لاحد في ادخال الشيء في ملك غيره بغير
رضاه وفي زعمه ان يكون خصما في ضمن
ثبوت الملك لغيره فلا يثبت المتضمن بدون

احتمله كالوصية الثابتة في ضمن البيع بالمحاباة
يبطل ببطلان البيع فصار نظير ما لو ادعاها
بعد هلاكها او ادعى عليه الفعل كالغصب
ونحوه وقال ابن ابي ليلى تندفع الخصومة
باقراره للغائب من غير اقامة البينة لان
كلامه اقرار منه بالملك للغائب والاقرار
موجب للحق بنفسه لخلوه عن التهمة فالتحق
بالبينة فيثبت ما اقر به بمجرد الاقرار
الا ترى ان من اقر بعين لغائب ثم اقر بها
لحاضر فرجع الغائب وصدقه يؤمر بالتسليم
اليه وكذا الصحيح لو اقر لغيره بشيء فصدقه
المقر له في مرضه كان اقراره اقرار الصحيح
وكذا لو اقر بشيء لشخص ثم غاب يقضى عليه
به ويؤخذ منه ماله ولو لم يكن اقراره
موجبا بنفسه لما كان كذلك ولانه لا يخلو
اما ان يكون صادقا او كاذبا فان كان
صادقا فلا خصومة بينهما وان كان
كاذبا فاقراره على نفسه صحيح فثبت به
ان يده يد حفظ لا يد خصومة قلنا
ان بينته اثبتت ان عين الملك للغائب
وهو ليس بخصم فيه فلا يثبت ودفع الخصومة
عن نفسه وهو خصم فيه فيثبت في حقه
كالوكيل بنقل المراة او الامة اذا اقامت

المرض

بينة

٤١٩

بينة على الطلاق او العتاق تقبل في حق
قصر يد الوكيل دون ثبوت الطلاق
والعتاق على ما بينا من قبل فصار كان
المدعى اقر بذلك او اثبت اقراره به وهذا
لان مقصود ذي اليد اثبات يد حافظة
لنفسه لا اثبات الملك للغائب وهو خصم
في اثبات يده فتثبت دون الملك للغائب
ولا يمكن دفعها بمجرد اقراره لان الخصومة
توجهت عليه ظاهرا بيده ولهذا يجبر
بالحضور ويؤخذ منه الكفيل فلا يقدر على
دفعها الا بحجة كما اذا ادعى احالة غريمه
على غيره ولان دفعها بلا بينة يؤدي الى
اتواء الحقوق لان احدا لا يعجز عنه
وقوله وحجزه من ان يكون خصما في ضمن
ثبوت الملك لغيره الى اخره قلنا ثبوت
الملك يتوقف على قبوله فيتوقف بواجبه
واندفاع الخصومة منها فيتوقف عليه حتى
اذا صدقه تبين ان ملكه كان ثابتا من
وقت الاقرار وان يده كانت حافظة
لا يد خصومة ولهذا يؤمر بالتسليم الى المقر
له اذا حضر ويعتبر حاله من الصحة والمرض
في تلك الحالة ويسلم البائع المقر به الى
المقر له اذا غاب المقر بعد اقراره عنده

قوله ولا يمكن تعريض لابن ابي ليلى

بخلاف ما اذا ادعى العين بعد هلاكها عنده او عند ذي اليد
حيث لا تندفع الخصومة عنه وان اقام
بينة على انها كانت وديعة عنده
بالاتفاق لان المدعي بعد هلاك العين
يدعي عليه القيمة وهي في ذمته الا ترى
ان القاضي يقضي بها على مودع الغاصب
فلا يتبين ان ذمته كانت لغيره وفي العين
يتبين وبخلاف ما اذا ادعى الفعل عليه
كالغصب وغيره لان ذا اليد صار خصما
للمدعي باعتبار دعوى الفعل عليه فلا
تندفع الخصومة باقامة البينة ان العين
لغيره الا ترى ان دعوى الفعل يجوز على
غير ذي اليد فلا تندفع ~~الخصومة باقامة~~
~~البينة ان العين لغيره الا ترى ان دعوى~~
~~الفعل يجوز على غير ذي اليد فلا تندفع~~
~~الخصومة باقامة البينة ان العين لغيره~~
بالتحويل ودعوى الملك لا يجوز فيه فتندفع
بالتحويل لانه صار خصما له باعتبار يده
فاذا اثبت بالبينة ان يده حافظة وليست
بيد خصومة اندفعت الخصومة عنه
وقال ابو يوسف رحمه الله آخرا ان كان
المدعى عليه صالحا فالجواب كما ذكرنا
وان كان معروفا بالحيل والافتعال لا تندفع

عنه

عنه الخصومة وان اقام بينة ان العين
للغايب لان المحتال من الناس يأخذ مال
غيره غصبا ويدفعه سرا الى غريب يريد
الصاحب الحيلة لا من اهل الصلاح
ان يغيب من البلدة ويواعده ان يرده
اليه على رؤس الاشهاد ليمكنه الاشهاد
على ان هذا الشي اودعه غيره عنده فما
يدعيه صاحبه فيضيع بذلك ماله فيجب
على القاضي ان ينظر الى احوال الناس
ويعمل بمقتضى حالهم رجع الى هذا القول
بعد ما ولي القضا وابتلي بامور الناس
وليس الخبر كالعيان وهذا كله فيما اذا
قال الشهود نعرف صاحب المال وهو
المودع او المعير باسمه ونسبه ووجهه
لان المدعي يمكنه ان يتبعه وان قالوا
لا نعرفه بشي من ذلك لا يقبل القاضي
شهادتهم ولا تندفع الخصومة عن ذي
اليد بالاجماع لانهم ما احالوا المدعي
على رجل معروف ليمكن مخاصمته ولعل
المدعي هو ذلك الرجل ولو اندفعت
لبطل حقه ولانه لو كان المدعي هو المودع
لا تبطل وان كان غيره تبطل فلا يبطل
بالشك والاحتمال دفعا للضرر عنه ولو
قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه

ونسبه لا تندفع الخصومة عند محمد
لانها توجهت عليه باليد فلا تندفع عنه
الا اذا احاله على معروف يمكن الوصول
اليه كي لا يتضرر المدعي والمعرفة بوجهه
فقط لا تكون معرفة الا ترى الى قوله
عليه الصلاة والسلام لرجل اتعرف فلانا
فقال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه
فقال لا فقال اذا لا تعرفه وكذا الوكيل
لا يعرف فلانا وهو لا يعرفه الا بوجهه
لا يحنث فاذا لم يكن معروفا الا بوجهه
عند الشهود لا يمكن المدعي من اتباعه
فيتضرر بالدفع عنه وعند ابي حنيفة
رحمه الله تندفع الخصومة عنه لان ذا
اليد اثبت ببينته ان العين اخذها من
غير المدعي وان يده يد حفظ اذ الشهود
يعرفون المودع بوجهه ويقولون
انه غير هذا المدعي ومقصود ذي اليد
اثبات يد حافظة وان العين ليست
لهذا الحاضر وهذه البينة كافية لهذا
المقصود وحصول الضرر للمدعي بعدم
التمكن من اتباعه مضاف الى نفسه حيث
نسي خصمه او الشهود حيث لم يثبتوا له
خصمه فاضروا به ونحن نسلم انه بمثله

لا يثبت التعريف ولكن ليس تعريف خصمه
على ذي اليد وانما عليه ان يثبت انه ليس
بخصم وان يده يد حفظ وذلك يحصل بمثله
ولا يحتاج فيه الى معرفته من كل وجه
وينبغي ان يكون على قول ابي يوسف رحمه
الله على التفصيل الذي ذكرناه وتسمى هذه
المسالة مخمسة كتاب الدعوى لان فيها
خمس صور من دعوى الوديعة والعارية وغيرها
او فيها اختلاف خمسة من الائمة وقد
بيناه بحمد الله تعالى قال وان قال اي ذو اليد
ابتعته من الغائب او قال المدعي غصبته
او سرق مني وقال ذو اليد اودعنيه
فلان وبرهن عليه لا اي لا تندفع الخصومة
في هذه الصور وان اقام المدعي عليه بينة
انه اودعه فلان لان ذا اليد في المسالة
الاولى بدعواه الشرا من الغائب صار
معترفا بان يده يد ملك فيكون معترفا
بانه خصم في المسالة الثانية ان المدعي
لما قال لصاحب اليد غصبته مني صار
ذو اليد خصما باعتبار دعوى الفعل عليه
وفيه لا يمكنه الخروج عنها بالاحالة على
غيره لان اليد في الخصومة فيها ليس بشرط
حتى يصح دعواه على غير ذي اليد ولا تندفع

الخصومة بانتفا يده حقيقة بخلاف دعوى
الملك المطلق وقد ذكرناه من قبل ولو
اقام الخارج البينة نقضي له به ثم جاء المقر
له الغائب واقام بينة على ذلك تقبل
بينته لان الغائب لم يصر مقضيا عليه
وانما قضي على ذي اليد خاصة وفي الثالثة
قول المدعي سرق مني يكون دعوى الفعل
عليه في المعنى استحسانا وانما جهله بالبنا
للمفعول لاجل الستر عليه كيلا يقطع يده
فصار كما لو قال له سرقته مني وقال محمد
رحمه الله تندفع الخصومة عنه وهو القياس
لانه لم يدع عليه الفعل فصار كما لو قال
غصب مني على البنا للمفعول ووجه
الاستحسان ما بيناه وهذا بخلاف مسالة
الغصب لانه لم يدع عليه الفعل وليس
فيه ما يوجب العدول عنه اذ الحد لا يجب
على فاعله فلا يحترز عن كشفه ولو ادعى انه
اشتراها من ذي اليد وقبضها ونقد الثمن
واقام ذو اليد البينة ان فلانا اودعها
اياه اندفعت الخصومة وان ادعى على ذي
اليد فعلا لان المدعي عقد استوفى احكامه
فصار كالعدم فكان كدعوى ملك مطلق
حتى لو لم يشهدوا على قبضه لم تندفع

قال وان

قال وان قال المدعي ابتعته من فلان وقال
ذو اليد اودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة
لاتفاقهما على ان اصل الملك لغير المدعي فيكون
وصوله الى يده من جهة غير المدعي ضرورة
فلم يكن ذو اليد خصما له لان للمدعي اخذه من
يده الا ان يقيم البينة ان فلانا وكله بقبضه
نباحته لكونه احق بالحفظ ولو صدقه
ذو اليد في شرائه منه لا يامره القاضي بالتسليم
اليه حتى لا يكون قضا على الغائب باقراره وهي
عجيبة ولو قال ذو اليد اودعنيه وكيل
فلان ذلك لا تندفع الخصومة الا ببينة
لان وصول الدار الى يد ذي اليد لم يثبت
من جهة من اشترى هو منه لانكار ذي
اليد ولا من جهة وكيله لانكار المدعي وكذا
لو اثبت بالبينة انه دفعها الى الوكيل ولم
يشهدوا ان الوكيل دفعها الى ذي اليد
بخلاف المسالة الاولى وهي مسالة الكتاب
لان وصول العين اليه من جهة الغائب يثبت
بتصادقهما باقرار ذي اليد نصا وباقرار
المدعي ضرورة لان الشرا منه لا يصح
ما لم يكن المبيع في يده والظاهر انه وصل اليه
من جهته ولو قال ذو اليد ان فلانا اودعني
العين فقال المدعي كان اودعك اياه

بثمن وهبتها منك او باعك اياها او نحو ذلك والبيد
استحلف بالله انه ما وهبها له ولا باعها
منه فان نكل عن اليمين جعل خصما لان نكوله
كاقراره بذلك وقد بينا ان اقراره بالشراء
اعتراف منه بانه خصم وان حلف لم يكن خصما
ولا يحتاج الى اقامة البينة بالوديعة لاقرار
المدعي بها **باب ما يدعيه**
الرجلان قال **برهنا على ما في يد اخر**
قضي لهما يعني اذا ادعى اثنان عينا في يد غيرهما
وزعم كل واحد منهما انها ملكه ولم يذكرا
سبب الملك ولا تاريخه قضي بالعين بينهما
لعدم الاولوية وعن الشافعي انهما يتهاتران
وعنه انه يقرع بينهما لان احدى
الطايفتين كاذبة بيقين لاستحالة ان يملك
شخصان عينا واحدة كل منهما كلها فتعين
التهاتر لعدم الاولوية كما في دعوى النكاح
او المصير الى القرعة لما روي انه عليه
الصلاة والسلام اقرع بين رجلين تنازعا
في امة واقام كل واحد منهما بينة انها له
فقال اللهم انت تقضي بين عبادك بالحق
ثم قضى بها لمن خرجت له قرعته ولان
القرعة لتعيين المستحق امثل في الشرع
كما في القسمة وقال مالك رحمه الله يقضي لاعدلهما

بينة

بينة لان الشهادة تعتبر حجة بالعدالة
فالاعدل اقوى في الحجية فلا يزاحمه الضعيف
وقال الاوزاعي يقضي لمن كان شهوده اكثر عددا
لان طمانينة القلب الحاصلة به ارجح ولنا
ما روي عن ابي موسى ان رجلين ادعيا بعيرا
على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث
كل واحد منهما بشاهدين فقسمه رسول الله صلى
الله عليه وسلم بينهما نصفين رواه ابو داود وعن
ابي موسى ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى
الله عليه وسلم في دابة ليس لواحد منهما بينة
فجعلها بينهما نصفين رواه ابو داود والنسائي
واحمد وغيرهم ولانهما في سبب الاستحقاق استويا م
وهو قابل للاشتراك فيستويان في
الاستحقاق كالموصى لهما بان اوصى لكل واحد
منهما بالثلث فانه يقسم الثلث بينهما
نصفين وكذا الغريمان في التركة بخلاف
النكاح لانه لا يقبل الاشتراك فتعين التهاتر
ولان البينات من حجج الشرع فيجب العمل
بها ما امكن وقد امكن هنا لان الايدي
قد تتوالى في عين واحدة في اوقات
مختلفة فيعتمد كل فريق ما شاهد من
السبب المطلق للشهادة وهو اليد فيحكم
بالتنصيف بينهما ولا يجوز الترجيح بكون الشهود

واحد منهما عبدا او احدا من رجل واجاز
المولى البيعتين وهذا لانه لما جهل التاريخ
جعل كانه باع كله من كل واحد منهما في وقت
واحد حكما وان لم يكن ذلك حقيقة او جعل
على ان البيع لكل واحد منهما صدر من وكيله
وذلك ممكن في وقت واحد قال وان اباه
احدهما بعد القضا لم ياخذ الاخر كله اي لو
قضى به القاضي بينهما وابا احدهما ان ياخذ
المبيع بعد اختيار الفسخ فليس للاخر ان ياخذ
كله لانه صار في النصف مقضيا عليه فانفسخ
البيع فيه وانما قلنا ذلك لانه ببينته استحق
جميعه وكان يسلم له لولا بينة صاحبه
ولما قضى القاضي به بينهما حيث يكون
للاخر ان ياخذ جميعه لانه اثبت ببينته
انه اشترى الكل وانما يرجع الى النصف
بالمزاحمة ضرورة القضا به بينهما ولم
يوجد قضا بنظير تسليم احد الشفيعين
فانه ان كان قبل القضا فللاخر ان ياخذ كل
المبيع وان كان بعده فليس له ان ياخذ الا
النصف لانه يستحق بالسبب كله والانقسام
للمزاحمة ضرورة القضا به بينهما قال
وان ارخا فللسابق لانهما لما ادعيا الشرا من
ذي اليد اتفقا على انه مالك للمبيع ثم

اثبت

اثبت احدهما الشرا منه في وقت لا ينازعه
فيه احد فاندفع به الاخر بخلاف ما اذا ادعى
كل واحد منهما الشرا من رجل اخر غير الذي
يدعي الشرا منه الاخر حيث لا يترجح فيه
صاحب التاريخ الاسبق لان كل واحد
منهما فيه خصم عن بايعه في اثبات الملك
له وملك بايعهما لا تاريخ فيه فصار كان
البايعين حضرا واثبتا الملك لانفسهما مطلقا
من غير تاريخ وكذا لو ارخت احدهما ولم يورخ
الاخرى كان صاحب التاريخ اولى لانهما
اتفقا على ان الملك للبايع ولم يثبت الملك
لهما الا بالتلقي منه وان شراهما حادث والحادث
يضاف الى اقرب الاوقات الا اذا اثبت
التاريخ اولى عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله على
ما نبين فرقه من قريب ان شا الله تعالى
قال والا فلذي القبض اي وان لم يكن لهما تاريخ
ومع احدهما قبض كان صاحب القبض
اولى لان تمكنه من قبضه دليل على سبق
شرايه ولانهما استويا في اثبات الشرا من
ذي اليد وترجح احدهما بالقبض فلا ينقض
قبضه الثابت المتحقق بالاحتمال والشك
حتى لا ينقض بتاريخ الاخر ايضا لان الاحتمال
فيه الا اذا اثبت شراه قبل شرا ذي اليد

فيثبت تقدمه به فلهذا كان المورخ اولى
بخلاف ما اذا اختلف بايعهما على ما
بينا وبخلاف ما اذا ادعيا الملك ولم يدعيا
الشرا من ذي اليد حيث لا يكون صاحب التاريخ
صح

فحينئذ يكون هو اولى لانقطاع الاحتمال وهذا
بخلاف ما اذا اختلف بايعهما ولاحدهما قبض
حيث يكون فيه غير القابض اولى لانهما يحتاجان
الى اثبات الملك لبايعهما اولا فاذا يجتمع فيه
في حق البايعين بينة الخارج وبينة ذي
اليد فكانت بينة الخارج اولى وفيما نحن
فيه لا يحتاجان الى اثبات الملك للبايع
لثبوته بتصادقهما فكان المنظور اليه سبب
الاستحقاق لهما فقط والسبب في حق القابض
اقوى لتأكده بالقبض قال والشرا احق
من الهبة معناه اذا ادعى احدهما شرا من
شخص وادعى الاخر هبة وقبضا من ذلك الشخص
بعينه واقاما البينة ولا تاريخ معهما كان
الشرا اولى لانه اقوى لكونه معاوضة من
الجانبين ومثبتا للملك بنفسه بخلاف ما اذا
اختلف المملك لهما او كان معهما تاريخ حيث
لا يكون الشرا فيه اولى لانهما عند اختلاف
المملك يصير كل واحد منهما خصما عن ملكه
لحاجته الى اثبات الملك وهما في ذلك سواء
وفيما اذا اتحد المملك لا يحتاجان الى اثبات الملك
لثبوته باتفاقهما وانما حاجتهما الى اثبات
سبب الملك لانفسهما وفيه يقدم الاقوى
وفيما اذا كان معهما تاريخ والمملك لهما واحد

كان

كان لاقدمهما تاريخا لثبوت ملكه في وقت
لا ينازعه فيه احد بخلاف ما اذا كان المملك
لهما مختلفا حيث لا يعتبر فيه سبق التاريخ
على ما نبينه من قريب ان شا الله تعالى وكذا
الشرا مع الصدقة في جميع ما ذكرنا من
الاحكام لما بينا من المعنى ودعوى الهبة
والصدقة مع القبض فيهما سواء
لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح للصدقة
باللزوم لان اثر اللزوم يظهر في ثاني الحال
وهو عدم التمكن من الرجوع في المستقبل والترجيح
يكون بمعنى قايم في الحال ولان الرجوع انما امتنع
لحصول المقصود بها وهو الاجر لا لقوة في
السبب ولو حصل المقصود بالهبة لا يرجع ايضا
كما اذا كانت لذي الرحم المحرم او عوضه الموهوب
له عنها والصدقة قد لا تكون لازمة
بان كانت لغني وهذا فيما لا يحتمل القسمة
من غير خلاف لان الشيوع لا يضره واختلفوا
فيما يحتمل القسمة والاصح انه لا يقع لانه
تنفيذ الهبة في الشايع فصار كاقامة البينتين
على الارتهان وقيل هذا قول ابي حنيفة وعندهما
يجوز بنا على ان هبة الواحد من اثنين جايز
عندهما خلافا له وهذا لان الملك يستفاد بقبضه
الثاني ونظيره كهبة الواحد من اثنين جايز

~~عنهما خلافا له وهذا لان الملك يستفاد~~
~~بقضا القاضي وقضاوه كشهادة الواحد من اثنين~~
وقيل يجوز بالاجماع لان الشيوع طارئ
اذ كل واحد منهما اثبت شرا للكل ثم حصل
الشيوع بعد ذلك وذلك لا يمنع صحة الهبة
والصدقة والاصح انه لا يجوز بالاجماع لانا
لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فانه
يقضى له بالعقد الذي شهد به شهوده وعند
اختلاف العقدين لا يجوز الهبة من رجلين
بالاجماع وهذا فيما اذا لم تؤقت البينتان
ولم يكن مع واحد منهما قبض واما اذا وقتتا
فصاحب الوقت الاقدم اولى وان لم يوقتا
ومع احدهما قبض فكان هو اولى وكذا ان وقتت
صاحبه على ما بينا في الشرا من ذي اليد
قال والشرا والمهر سوا حتى اذا ادعى
احدهما شرا عين من رجل وادعت امراة
ان ذلك الرجل تزوجها على ذلك العين (الصواب تلك)
فهو سوا لاستوا البينتين في القوة لان كل
واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك
بنفسه بخلاف الهبة والبيع على ما بينا ثم
للمراة نصف العين ونصف قيمة العين
على الزوج لاستحقاق نصف المسمى وللمشترى
نصف العين ويرجع بنصف الثمن ان شا

وان

وان شا فسخ العقد لتفرق الصفقة عليه
وهذا عند ابي يوسف رحمه الله وقال
محمد رحمه الله الشرا اولى ولها على الزوج
قيمة العين لان العمل بهما ممكن بتقديم الشرا
اذ النكاح على عين مملوكة للغير جايز ويجب
قيمته عند تعذر تسليمها بخلاف العكس
لان تقدم النكاح يبطل البيع اذ لا يجوز بيع
ملك الغير من غير اجازة المالك قلنا
المقصود من السبب حكمه وحكم النكاح ملك
المسمى فيه ومتى تقدم ما تأخر لم يوجب حكمه
فلا يصار اليه كما لا يصار الى تأخر الشرا
فيجعل كانهما وقعا معا وهما استويا في ادعا
ملك العين فلا يقدم احدهما على الاخر كما لو ادعى
الشرا منهما بل القياس ان يكون النكاح اولى
من الشرا لانه اقوى الا الشرى انه يفيد
ملك العين والتصرف بنفس العقد ولا
يبطل بالهلاك قبل التسليم الا انا سوينا
بينهما لما ذكرنا ولان فيما قاله محمد رحمه الله
اثبات تاريخ لم يشهد به احد وهو لا يمكن
اثباته الا بحجة قال والرهن احق
من الهبة يعني لو ادعى احدهما رهنا وقبضا
والاخر هبة وقبضا والاخر صدقة وقبضا
من صاحب اليد واقاما البينة ولم يكن

بالبينتين فيكون فيصار اليه اذ البينة
من حجج الشرع والعمل بها مهما امكن
واجب وقد امكن العمل صح

مع واحد منهما تاريخ ولا قبض كان الرهن
اولى وهذا استحسان والقياس ان تكون
الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته
فكانت البينة المثبتة للزيادة اولى وهذا
رواية كتاب الشهادات وجه الاستحسان
ان الرهن مضمون والهبة امانة والمضمون
اقوى فكان اولى بخلاف الهبة بشرط
العوض لانها بيع انتهاء والبيع اولى لكونه
عقد ضمان يثبت الملك بمقابلة صورة ومعنى
والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى
لا صورة قال ولو برهن الخارجان
على الملك والتاريخ او على الشرا من واحد
فالاسبق احق اى لو اقام كل واحد من الخارجين
البينة على الملك المطلق والتاريخ او على
الشرا من واحد غير ذي اليد وعلى التاريخ
كان اسبقهما تاريخا اولى لانه اثبت
ملكه في وقت لا ينازعه فيه احد وجعل
الكرخي هذا القول متفقا عليه لان دعوى
ملك مطلق دعوى التملك من جهة المدعى عليه لان
ما يستحقه على ذي اليد من الملك الثابت بظاهر
يده يعتبر استحقاقا للملك على ذي اليد فيكون
تلقيا من جهته والتاريخ معتبر في دعوى
التملك فصار كما اذا ادعيا التملك بالشراء

قوله غير ذي اليد غير محتاج اليه ولو كان ذو اليد فالامر كذلك

من

٤٢٧

من جهة المدعى عليه وجعل صاحب الامالي
ان هذا قول ابي حنيفة وقول محمد رحمهما الله
اولا وهو قول ابي يوسف رحمه الله اخرا وفي
قول محمد اخرا وهو قول ابي يوسف اولا هو
بينهما لانه لا عبرة للتاريخ في دعوى الملك
المطلق لانه دعوى اولية الملك معنى حتى
يستحق بزوايده المتصلة كالنتاج والمقصود
من اثبات التاريخ اثبات زيادة الاستحقاق
على خصمه ليترجح بينته على بينة الخصم
فاثبات زيادة الاستحقاق لا يتصور في
دعوى اولية الملك فكان المتقدم والمتاخر
فيه سواء ولو ارخت احداهما دون الاخرى
فهما سواء عند ابي حنيفة رحمه الله وقال
ابو يوسف المؤرخ اولى وقال محمد
المبهم اولى لان البينة على المطلق يدل على
الملك من الاصل على ما بينا الا ترى انه
يستحق به الاولاد والاكساب وملك
الاصل اولى من التاريخ ولابي يوسف
ان المؤرخ ملكه متيقن في ذلك الوقت ولم
يتيقن بملك الاخر فكان المتيقن اولى من
المحتمل فصار نظير ما لو ادعيا الشرا من
واحد ولابي حنيفة رحمه الله ان المبهم
يحتمل ان يكون اقدم فلا يترجح المؤرخ مع الاحتمال

الملك مع

بخلاف ما اذا ادعيا الشرا من واحد لانهما
اتفقا على الحدوث فيضاف الى اقرب اوقاته
ما لم يورخ فاذا ارخ دل على سبق ملكه فترجح
به على الاخر وان لم يورخ واحد منهما
فهما سوا على ما ذكرناه في اول الباب
وكذا اذا ارخا تاريخا واحدا لعدم المرجح
واما الثانية فلانهما لما ادعيا الشرا من
شخص واحد فقد اتفقا على ان الملك له فمن
اثبت منهما التلقي من جهته في زمان لا يزاحمه
فيه احد كان اولى لاتفاقهما على ان الملك
لا يثبت الا بالتلقي منه بخلاف ما اذا كان
كل واحد منهما يدعي الشرا من شخص اخر غير
الذي يدعي منه صاحبه الشرا على ما يجي
من قريب ان شا الله تعالى ولو لم يؤرخا
فهما سوا وان ارخت احدهما دون الاخرى
فالمورخ اولى لما بينا وان كان مع احدهما
قبض كان هو اولى ولو ارخ الاخر بانه لم
يثبت انه اقدم تاريخا في مسلة النزاع هذه
المسالة مثل المسالة المتقدمة وهي اذا ادعيا
الشرا من ذي اليد في جميع ما ذكرنا من الاحكام
حتى اذا ادعى احدهما الشرا والاخر
الهبة والقبض او ادعى احدهما الشرا والاخر
المهر او احدهما الرهن والاخر الهبة كان

الجواب

الجواب فيها في جميع صورها كالجواب
في تلك على ما بينا والجامع بينهما ان المدعيين
في المسالتين اتفقا بدعواهما الشرا من شخص
واحد على ان الملك كان له وان الملك لغيره
لا يثبت الا بالتلقي منه فكان حكمهما
واحدا قال **وعلى الشرا من اخر وذكرا
تاريخا استويا** يعني لو اقام كل واحد
منهما بينة على الشرا من رجل غير الذي يدعي
الشرا منه صاحبه كانا سوا حتى يكون
بينهما نصفين سوا كان تاريخ احدهما
اقدم او لم يكن لان كل واحد منهما يثبت الملك
لبايعه ثم الملك لبايعه مطلق ولا تاريخ فيه
فيثبت لكل واحد من البايعين ملك مطلق
فيكون بينهما فصار كما اذا حضر البايعان
وادعيا الملك من غير تاريخ وكذا لو ذكر
احدهما تاريخا دون الاخر فهما سوا لانه
لا يترجح بالتقدم حقيقة فكيف يترجح بالادعا
بخلاف ما اذا كان المملك لهما واحدا
حيث يكون اقدمهما تاريخا اولى لان
ملك بايعهما ثبت باقرارهما فلا يتصور
التملك الا من جهته فاذا ملكه لاحدهما خرج
عن ملكه فكان المبيع الثاني من غير مالك
فلا يجوز وكذا لو ارخ احدهما كان المورخ

اولى به لما ذكرنا من قبل ولو ادعى شخص هبة
وقبضا من رجل وادعى اخر شرا من غيره
وادعى ثالث ميراثا من غيرهما وادعى رابع
صدقة وقبضا من غيرهم واقاموا البينة
تقضى بينهم ارباعا ان استووا كان سهمهم تاريخ او
مع بعضهم او لم يكن لما ذكرنا انهم يثبتون
الملك لملكهم وذلك لا تاريخ فيه ولا يقدم
الاقوى هنا لما ذكرنا من قبل قال ولو
برهن الخارج على ملك مورخ وتاريخ ذى
اليد اسبق او برهنا على النتاج وسببه
ملك لا يتكرر او الخارج على الملك وذو
اليد على الشرا منه فذو اليد احق منه
يعنى فى المسائل الثلاث اما فى الاولى فالمذكور
قول ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله ورواية
عن محمد رحمه الله ثم رجع عنه فقال لا تقبل
بينة ذى اليد فى الملك المطلق اصلا لان
البينة فى الملك المطلق تثبت اولية الملك
فيستوى فيها التاخر والتقدم فصار كانهما
قامتا على الملك المطلق بخلاف ما اذا ذكرا
السبب كالشرا ونحوه لانهما يثبتان الحدوث
وفيه الاقدم اولى ما لم يدع المتاخر
التلقى من جهة المتقدم وجه قولهما ان البينة
مع التاريخ تدفع ملك غيره فى وقت التاريخ

الصواب لملكهم

البينتين

وبينة

وبينة ذى اليد لا تثبت عين ما ظهر باليد
والبينات للاثبات فكانت بينة الخارج
اولى بما يثبت ذو اليد المتقدم عليه شرعا
بلا احتمال وفيما اذا ارخت بينة ذى اليد
وحدها خلاف ابى يوسف فانه يقول بينة
ذى اليد اولى فيها وهو رواية عن ابى حنيفة
رحمه الله لان ملكه ثبت فى وقت متقدم
بيقين وملك الاخر محتمل فلا يزاحم
المتيقن فصار كما اذا ارخت احداهما فى
دعوى الشرا من واحد قلنا بينة ذى
اليد لا تقبل الا اذا تضمنت الدفع ولم
تتضمن هنا لاحتمال ان يكون ملك الخارج
اقدم بخلاف ما اذا ادعيا الشرا من
واحد حيث يكون صاحب اليد اولى فى
الصور كلها الا اذا ارخا وكان تاريخ
الخارج اقدم لان تمكنه من القبض يدل
على سبقه على ما بينا ولو كان المدعى فى ايديهما
وارخا كان اقدمهما تاريخا اولى عندهما
لما بينا ان بينة ذى اليد مقبولة عندهما
للدفع وعند محمد هو بينهما لانه لا يعتبر الوقت
فى المطلق ولو ارخت احداهما دون الاخرى
والمسالة بحالها كان بينهما عند ابى حنيفة
رحمه الله ومحمد لان ابا حنيفة لا يعتبر التاريخ

على الدفع مقبولة فلا تثبت الملك لغيره
بعده الا بالتلقى من جهته وهو
لم يدع شيئا ولو استوى تاريخهما
او لم يكن معهما تاريخ او كان مع احدهما
دون الاخر كان الخارج اولى لان
بينته تثبت غير الظاهر وبينة ذى اليد
صح

المالك

٤٢٩

من احد الجانبين في الملك المطلق للاحتمال
على ما بينا ومحمد رحمه الله لا يعتبره
بالكلية فيكون بينهما وعند ابي يوسف
رحمه الله هو للمورخ منهما لان تاريخ الواحد
معتبر عنده لتيقن ملكه في ذلك الوقت
واحتمال الاخر على ما بينا فترجح بالتيقن واما
ان نتجه وهي مسالة اذا اقاما البينة على النتاج
او على سبب اخر لا يتكرر فلان بينتهما قامت
على ما لا تدل عليه اليد فاستويا في الاثبات
وترجحت بينة صاحب اليد باليد فيقضى
له به ولا عبرة للتاريخ لان اولية الملك تثبت
كل تاريخ فلا يفيد ذكره من احدهما او منهما
اتحد التاريخان او اختلفا ما لم يذكر تاريخا
مستحيلا بان لم يوافق سن المدعى والقياس
ان يكون الخارج اولى لانهما استويا في اثبات
اولية الملك وترجح الخارج باثبات ما لا يدل
عليه اليد وهو الملك لنفسه فكان اولى به
قاله ابن ابي ليلى وقال عيسى بن ابان تهاترت
البينتان ويترك في يد ذي اليد لا على وجه
القضاء لان احدهما كاذب بيقين لاستحالة
نتاج دابة من دابتين فصار كالشهادة
بالقتل في مكانين وجه الاستحسان ما روى
انه عليه الصلاة والسلام قضى لذي اليد

بناقة

بناقة بعدما اقام الخارج بينة انها ناقته
نتجها واقام ذو اليد البينة انها ناقته
نتجها ولان اليد لا تدل على اولية الملك
فكان مساويا للخارج فيها فباثباتها يندفع
الخارج وبينة صاحب اليد مقبولة للدفع
الا ترى انهما لو ارخا في دعوى الشراء
وبينة ذي اليد اقدم تقبل بالاجماع
وكذا في الملك المطلق عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله لانها من تتضمن
معنى الدفع فكذا هنا ولا يلزم ما اذا
ادعى الخارج الفعل على ذي اليد كالغصب
والاجارة والعارية حيث يكون بينة
الخارج اولى وان ادعى ذو اليد النتاج
لان بينة الخارج في هذه الصور اكثر
اثباتا لانها تثبت الفعل على اليد وهو
الغصب واشباهه اذ هو غير ثابت اصلا
واولية الملك ان لم يكن ثابتا باليد
فاصل الملك ثابت بها ظاهرا فكان ثابتا
باليد من وجه دون وجه فكان اثبات
غير الثابت من كل وجه اولى اذ البينة للاثبات
وما قاله عيسى غير صحيح لان محمدا ذكر في خارجين
اقام كل واحد منهما البينة على النتاج انه
يقضى به بينهما ولو كان الطريق ما قاله

مولتها مترا وكذا لو كانت الشاة المذبوحة
في يد احدهما والسواقط (شر الكبد) في يد الآخر
واقام كل منهما البينة على النتاج يقضى بها
وبالسواقط لمن في يده اصل الشاة ولو
كان الطريق ما ذكره لترك في يد كل واحد
منهما ما في يده وثمرة ما قاله تظهر في
التحليف لانهما اذا اختارا يصار الى التحليف
ولو اقام الخارج البينة انه اشتراه من
فلان وانه ولد عنده واقام ذو اليد
البينة انه اشتراه من فلان آخر وانه
ولد عنده كان ذو اليد اولى لان كل واحد
منهما خصم في اثبات نتاج بايعه كما انه
خصم في اثبات الملك له ولو حضرا البايعان
واقاما البينة على النتاج كان صاحب
اليد اولى فكذا اذا قام مقامهما ولو
اقام احدهما على الملك والآخر على النتاج
كان صاحب النتاج اولى ايهما كان لانه
يثبت اولية الملك وبعده لا يملكه غيره
الا بالتلقي من جهته وكذا لو كان الدعوى
بين الخارجين لما ذكرنا ولو قضي بالنتاج
لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على
النتاج ~~كان صاحب النتاج اولى ايهما كان~~
~~لانه يثبت اولية الملك وبعده لا يملكه~~

غيره

~~غيره الا بالتلقي من جهته وكذا لو كان الدعوى~~
~~بين الخارجين لما ذكرنا ولو قضي بالنتاج~~
~~لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على~~
النتاج يقضى له الا ان يعيدها ذو اليد
لان الثالث لم يصر مقضيا عليه فجاز له ان
يدعيه وكذا المقضي عليه بالملك المطلق
لو اقام البينة على النتاج يقبل بينته
وينقض القضا لان الخارج لم يستحق على ذي
اليد شيئا لان ملك ذي اليد يثبت بالنتاج
صريحا وبعد ما ثبت الملك له به لا يتصور
ان يكون للخارج بذلك السبب لان النتاج
لان النتاج لا يتكرر فلا يمكن ان يجعل ما
استحقه الخارج من الملك الثابت لذي
اليد بظاهر اليد مستحقا على ذي اليد بخلا
~~بخلاف لان ملك ذي اليد يثبت بالنتاج~~
~~صريحا وبعد ما ثبت له به لا يتصور ان~~
~~يكون للخارج بذلك السبب لان النتاج~~
~~لا يتكرر فلا يمكن ان يجعل ما استحقه~~
~~الخارج من الملك الثابت لذي اليد~~
~~بظاهر اليد مستحقا على ذي اليد~~ بخلاف
دعوى الملك المطلق لانه لما يحتمل ان يكون
له من الاصل يحتمل ان يكون له من جهة
صاحب اليد فامكن ان يجعل ما استحقه

الخارج من الملك الثابت لذي اليد بظاهر
اليد مستحقا على ذي اليد فيجعل كذلك
في حق ترجيح بينة الخارج على بينة ذي
اليد فاذا لم يصر مقضيا عليه في حق
النتاج تقبل بينته كما تقبل بينة الاجنبي
لانه بمنزلة نقض ترك بخلاف ما اذا ادعى
ذو اليد الملك المطلق حيث لا يحكم به للاحتمال
الذي ذكرنا آنفا فصار الاصل ان من
صار مقضيا عليه في حادثة لا يقضى له
فيها والا قضي له فيها وقوله وسبب ملك
لا يتكرر معناه كل سبب لا يتكرر في
الملك اذا ادعاه صاحب اليد كان حكمه
حكم النتاج في جميع ما ذكرنا من الاحكام
وذلك مثل حلب اللبن واتخاذ الجبن
واللبد وجز الصوف والمرعزى وغزل
القطن والكتان ونسج الثوب من غزلهما
وان كان يتكرر قضي به للخارج وهو مثل
الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب
لان ثوب الخز والصوف والشعر اذا
بلي ينقض ويغزل مرة اخرى ثم ينسج
فيحتمل ان ذا اليد نسجه ثم غصبه الخارج
ونقضه ثم نسجه فيكون ملكا له بهذا
الطريق فلم يكن في معنى النتاج بل بمنزلة

الملك

للخارج

الملك المطلق وكذا غيره لان البناء والغرس
والزراعة يتأتى فيها التكرار وان اشكل
عليهم يسأل عدول اهل الخبرة بذلك لقوله
تعالى فاسألوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون
الواحد منهم يكفي والاحوط الاثنان وان
اشكل عليهم قضي به للخارج لانه الاصل
والعدول عنه بخبر النتاج فلا يلحق به
به الا ما هو في معناه من كل وجه بشرط
ان يبين في الدعوى نصا ان ذلك السبب
وجد في ملكه حتى اذا قال كل واحد منهما او
ذو اليد وحده نسجت هذا الثوب
او نتجت هذه الدابة عندي كان الخارج
اولى لان الانسان ينسج لغيره وتلد دابة
الغير عنده فلم يكن فيه دلالة على ان
الثوب نسجه في ملكه وان الدابة ولدت
في ملكه فبقي دعوى مطلق الملك وفيه الخارج
اولى ولا تقبل بينة ذي اليد فيه حتى
ينص عليه ويقول نسجته في ملكي او نسج
في ملكي وولدت الدابة في ملكي وعلى هذا
لو قال هذا جبني اتخذته انا او قال اللبن
الذي اتخذ منه هذا الجبن ملكي او الشاة
التي حلب منها لبنه ملكي كان الخارج اولى
لما ذكرنا وعندهما الخارج اولى لان القضا

ولو قال اتخذته في ملكه او حلبت لبنه في ملكي كان ذو اليد اولى وعلى هذا لو اقام ذو اليد البينة ان فلانا القاضي قضى له بها بالبينة واقام الخارج البينة انها نتجت في ملكه كان ذو اليد اولى عند محمد لما ذكرنا ح

فقد صح ظاهرا ويحتمل انه اشتراه من ذي اليد
فلا ينقض قضاؤه ما لم يظهر خطاؤه بيقين
واما الثالثة وهي ما اذا اقام الخارج البينة
على الملك واقام ذو اليد البينة على الشراء
منه فلان الخارج اثبت الملك بنفسه
ببينته واثبت ذو اليد التلقي منه
فكان له كما اذا تلقى منه واقراره بانه له
في ضمن دعوى الشراء منه لا يمنع صحة دعواه
وقبول بينته كما اذا اقر له بالملك صريحا ثم
ادعى بعد ذلك انه اشتراه منه في زمان
يمكن الشراء منه لانه لا تنافي اذ التوفيق ممكن
قال ولو برهن كل على الشراء من الاخر ولا
تاريخ سقطا وترك الدار في يد ذي اليد
اي لو اقام كل واحد من الخارج وذي اليد
او الخارجين او ذوي الايدي البينة على
الشراء من صاحبه ولا تاريخ لهما تهاترت
البينتان ويترك المدعى في يد ذي اليد
لا على وجه القضاء وهذا عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ان
كانت في يد احدهما يقضى بالبينتين وتكون
للخارج لامكان العمل بهما بجعل ذي اليد
مشتريا من الخارج وقبضه ثم باعه منه
ولم يقبضه فيؤمر بالدفع اليه لان التمكن من القبض

دلالة

دلالة السبق على ما مر ولا يعكس لان البيع
قبل القبض لا يجوز وان كان في العقار عنده
ولهما ان الاقرار بالشراء من صاحبه اقرار
منه بالملك له فصار بينة كل واحد منهما
كانها قامت على اقرار الاخر وفيه التهاتر
بالاجماع لتعذر الجمع فكذا هذا ولانه
يلزم من القضا لهما القضا لذي اليد بمجرد
السبب من غير ان يترتب عليه حكمه وهو
الملك وذلك باطل لانه يؤدي الى بطلان
السبب اذ السبب لم يشرع الا لحكمه فاذا لم
يفد حكمه لم يكن مشروعا كطلاق الصبي وعتاقه
فاذا لم يكن مشروعا يخرج من ان يكون سببا
لان سببيته بالشرع وانما قلنا ذلك لانه
لا يمكن الحكم لذي اليد الا بالملك مستحق
فيلزم منه القضا بمجرد السبب وانه
لا يجوز ثم لو شهدت البينتان بقبض الثمن
تقاصا ان كان الثمنان من جنس واحد
ومتساويا وان كان احدهما اكثر رجع بالزيادة
وان اختلفا جنسا رد كل واحد منهما ما قبض
لانه مضمون عليه وان لم يشهدوا بقبض
الثمن لا ياتي التقاص عندهما لعدم
الوجوب وعند محمد رحمه الله ياتي لوجوبه
عنده ولو شهد الفريقان بالبيع وقبض

المبيع تهاترت البينتان بالاتفاق لتعذر
التوفيق اما عندهما فظاهر على ما بينا
واما عند محمد رحمه الله فلان البيعين
وان كانا جايزين لوجودهما بعد القبض
لكن ليس فيهما ذكر التاريخ ولا دلالته
حتى يجعل احدهما سابقا والاخر لاحقا
بخلاف ما اذا لم يذكر القبض المبيع لانه
امكن هناك ان يجعل شراء ذي اليد متقدما
له لدلالة اليد على ما بينا وهكذا ذكر صاحب
الهداية قول محمد في هذه الصورة وذكر
في المحيط انه يقضي لهما عنده فيجعل القبض
المعاين اخر القبضين ويجعل ذا اليد
اخر المشتريين كان الخارج اشترى وقبض
ثم باعها من ذي اليد وقبض فيقضي بالدار
له ومسئلة في الجامع وشرح الكرخي والمبسوط
والمختلف وان وقتت البينتان في العقار ولم
تثبتا قبضا فان كان وقت الخارج اسبق
يقضي بها لصاحب اليد عندهما فيجعل كان
الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض
من صاحب اليد وهو جايز في العقار عندهما
وعند محمد رحمه الله يقضي للخارج لانه
لا يصح بيعه قبل القبض فبقي على ملكه
وكان ينبغي ان يقضي بها لذي اليد عنده

ايضا

ايضا فيجعل الخارج كانه قبضها ثم باعها
من بايعه وهو ذو اليد تصحيحا للعقد
وان اثبتا قبضا يقضي بها لصاحب اليد بالاجماع
لان البيعين جايزان على القولين لان الخارج
باعها من بايعه بعد ما قبضها وذلك صحيح
وان كان وقت صاحب اليد اسبق يقضي
بها للخارج سواء شهدوا بالقبض او لم
يشهدوا لان صاحب اليد قابض وقد
اثبت شراء سابقا فيجعل كانه اشترى
اولا كما شهد به شهوده ثم باعها من بايعه
وهو الخارج فيحمل على انه لم يسلم اليه ان لم
يشهدوا لان صاحب اليد قابض
وقد اثبت شراء سابقا فيجعل كانه
اشترى اولا كما شهد به شهوده ثم باعها
من بايعه وهو الخارج فيحمل على انه لم يسلم
اليه ان لم يشهدوا بالقبض او سلم اليه ثم
عاد اليه بسبب اخر ان شهدوا بالقبض
قال ولا يرجح بزيادة عدد الشهود
معناه ان احد الخصمين اذا اقام شاهدين
والاخر اكثر لا يرجح بكثرة شهوده لان الترجيح
يكون بقوة في العلة لا بكثرة العلل لان ما
يصلح دليلا مستقلا لا يصلح للترجيح وانما
يرجح بالوصف ولهذا لا ترجح الاية بآية

اخرى ولا الخبر بالخبر وانما يرجح بقوة فيها
بان كان احدهما متواترا والاخر من الاحاد
او كان احدهما مفسرا والاخر محتملا فيرجح
المفسر على المحتمل والمتواتر على الاحاد لقوة
وصف فيه وكذا لا يرجح احد القياسين
بالقياس لما ذكرنا قال دار في يد
اخرين ادعى احدهما نصفها والاخر كلها وبرهنا فللاول
ربعها والباقي للاخر لان مدعي الكل لا ينازعه
احد في النصف فسلم له من غير منازعة
ثم استوت منازعتهما في النصف الاخر
فيكون بينهما فسلم لمدعي الكل ثلاثة الارباع
ولمدعي النصف سلم له الربع وهذا بطريق
المنازعة وهو قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا
تقسم الدار بينهما اثلاثا فالثلثان لمدعي
الكل والثلث لمدعي النصف لان مدعي الكل
يدعي النصفين والاخر النصف الواحد
وليس لشيء واحد ثلاثة انصاف فيقسم بينهما
اثلاثا على قدر حقهما وهذا بطريق العول
ولها نظاير واضداد نبينها مختصرا
فنقول ان جنس القسمة على اربعة انواع
نوع منها يقسم بطريق العول اجماعا
وهي ثمان مسائل الميراث والديون والوصية
بما دون الثلث اذا اجتمعت زيادة على الثلث

والمحاباة

[illegible]

٤٢٥

والمحاباة والدراهم المرسلة والسعاية
والعبد اذا فقأ عين رجل وقتل اخر خطأ
فدفع بهما والمدبر اذا جنى على هذا الوجه
فدفعت قيمته بهما ونوع منها ما يقسم
بطريق المنازعة اجماعا وهي مسالة
واحدة فضولي باع عبد الغير من رجل
وفضولي اخر باع نصفه من اخر فاجاز
المولى البيعين فاختار المشتريان الاخذ
يكون لمشتري الكل ثلاثة ارباعه ولمن
اشترى النصف الربع بطريق المنازعة ونوع
~~منها ما يقسم بطريق المنازعة اجماعا~~
~~وهي مسالة واحدة فضولي باع عبدا~~
~~لغيره من رجل وفضولي اخر باع نصفه~~
~~من اخر فاجاز المولى البيعين فاختار المشتريان~~
~~الاخذ يكون لمشتري الكل ثلاثة ارباعه~~
~~ولمن اشترى النصف الربع بطريق المنازعة~~
~~ونوع منها ما يقسم بطريق المنازعة~~ عند
ابي حنيفة رحمه الله وعندهما بطريق العول
وهي ثلاث مسايل احدهما نصف الدار
احداها اذا ادعى ح
والاخر كلها وهي مسالة الكتاب والثانية
اذا اوصى لرجل بجميع ماله ولاخر بنصف ماله
واجازت الورثة والثالثة اذا اوصى لرجل
بعبد بعينه ولاخر بنصف ذلك العبد

وليس له مال غيره ومنها ما يقسم بطريق
العول عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما
بطريق المنازعة وهي خمس مسايل احدها عبد
مأذون له في التجارة بين رجلين ادانه
احدهما مائة واداته اجنبي مائة فدين
المولى يسقط نصفه لاستحالة وجوب الدين
على عبده ويثبت نصفه الذي في نصيب
شريكه فاذا بيع بالدين يقتسمان ثمنه على الخلف الذي ذكرنا والثانية
هذا والثالثة عبد قتل رجلا خطأ وآخر
عمدا وللمقتول عمدا وليان فعفى احدهما ~~فيقتسمان ثمنه~~ فدفع لهما كان بينهما على
الخلاف والرابعة لو كان الجاني مدبرا على هذا
الوجه فدفعت قيمته كانت بينهما كذلك
والخامسة ام ولد قتلت مولاها واجنبيا
عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفى احد وليي
كل واحد منهما على التعاقب فانها تسعى في ثلاثة
ارباع قيمتها فتقسم بين الساكتين
فتعطى الربع لشريك العافي آخرا
والنصف الآخر بينه وبين شريك العافي
اولا اثلاثا ثلثه لشريك العافي اولا
والثلث لشريك العافي آخرا عنده وعندهما
ارباعا ثم الاصل عنده ان القسمة
متى وجبت لحق ثابت في الذمة او لحق ثابت

اذا ادانا اجنبيان احدهما مائة والآخر مائتين يقتسمان ثمنه على صح

شيخ الاسلام

في العين على وجه الشيوع في البعض دون
الكل كانت القسمة عولية ومتى وجبت القسمة
لحق ثابت على وجه التمييز او كان حق احدهما
في البعض الشايع وحق الآخر في الكل كانت
القسمة على المنازعة ولبيان طرق هذه
المسائل وتخريجها على هذه الاصول وتمام
تفريعها مذكور في شرح الزيادات لقاضي
خان قال ولو كانت في ايديهما فهي لهما
اي لو كانت الدار في ايدي المدعيين والمسألة
بحالها كانت كلها لمدعي الكل لان مدعي النصف
ينصرف دعواه الى ما في يده لتكون يده يدا
محقة لان حمل امور المسلمين على الصحة
واجب ولو لا ذلك لكان ظالما بالامساك
فاقتصرت دعواه على ما في يده ولا يدعي
شيئا مما في يد صاحبه ومدعي الكل يدعي
ما في يد نفسه وما في يد الآخر ولانا زعم
احد فيما في يده فيترك في يده لا على وجه
القضاء واستوت منازعتهما في ما في يد
صاحبه فكانت بينته اولى لانه خارج
فيقضي له في ذلك النصف فسلم له الكل
نصفها بالترك لا على وجه القضاء والنصف
الآخر بالقضاء قال ولو برهنا على
نتاج دابة وارخا فهي لمن وافق سنها

والاصل عندهما ان الحقين متى ثبتا على الشيوع في وقت واحد كانت القسمة على ~~المنازعة~~ العول وان ثبتا على التمييز او في وقتين كانت القسمة على المنازعة صح

له

تاريخه لان علامة الصدق ظهرت منهن وافق
تاريخه سنها فترجحت بينته بذلك وفي الاخرى
ظهرت علامة الكذب فيجب ردها ولا فرق
في ذلك بين ان تكون الدابة في ايديهما
او في يد احدهما او في يد ثالث لان المعنى
لا يختلف بخلاف ما اذا كانت الدعوى في
النتاج من غير تاريخ حيث يحكم بها لذي
اليد ان كانت في يد احدهما او لهما ان
كانت في ايديهما او في ثالث ثالث **وان**
اشكل ذلك فلهما اي اذا اشكل سن الدابة
في موافقة احد التاريخين يقضي لهما بها لان
احدهما ليس باولى من الاخر وهذا اذا كانا
خارجين بان كانت الدابة في يد ثالث
وكذا اذا كانت في ايديهما وان كانت
في يد احدهما تقضي بها لصاحب اليد
لانه لما اشكل الامر سقط التاريخان
فصار كانهما لم يورخا وان خالف سن الدابة
التاريخين بطلت البينتان لانه ظهر كذب
الفريقين فترك في يد من كانت في يده
والاصح انها لا تبطلان بل يقضي بها بينهما
ان كانا خارجين او كانت في ايديهما وان
كانت في يد احدهما يقضي بها لذي اليد لان
اعتبار الوقت لحقهما ودعواهما تنافي اسقاط

اعتبار

٤٣٧

اعتباره لان في اعتباره اسقاط حقهما
فلا يعتبر فصار كانهما ذكرا النتاج من غير
تاريخ وفيه صاحب اليد اولى ان كانت
في يد احدهما والا فبينهما كما اذا
اشكل في موافقة سنها احد التاريخين
وهكذا ذكره محمد رحمه الله والاول ذكره
الحاكم وهو قول بعض المشايخ وسيجيء قال
برهن احد الخارجين على الغصب والاخر
على الوديعة استويا معناه اذا كان عين
في يد رجل فاقام رجلان عليه البينة
احدهما بالغصب والاخر بالوديعة
استوت دعواهما حتى يقضي بها بينهما
نصفان لان الوديعة تصير غصبا بالجحود
حتى يجب عليه الضمان ولا يسقط بالرجوع
الى الوفاق بخلاف ما اذا خالف بالفعل من غير
جحود على ما نبينه في موضعه ان شاء الله تعالى
قال **والراكب واللابس احق من اخذ**
اللجام والكم معناه اذا تنازعا في دابة
احدهما راكبها والاخر متعلق بلجامها
او تنازعا في قميص احدهما لابسه والاخر
متعلق بكمه كان الراكب واللابس اولى
من المتعلق باللجام والكم لان تصرفهما اظهر
فانه يختص بالملك فكانا صاحبي يد

والمتعلق خارج فكانا اولى بخلاف ما اذا اقاما
البينة حيث تكون بينة الخارج اولى لانها
حجة مطلقا وبينة الخارج اكثر اثباتا على ما بينا
واما التعلق فليس بحجة وكذا التصرف لكنه
يستدل به لتمكن من التصرف على انه كان
في يده واليد دليل الملك حتى جازت الشهادة
له بالملك فيترك في يده حتى يقوم الحجة والترجيح
وكذا لو كان احدهما راكبا على السرج حيث
يكون بينهما لاستوائهما في التصرف ولو كان
احدهما متعلقا بذنبها والاخر ممسك
لجامها قالوا ينبغي ان يقضى بها لمن يمسك
لجامها لانه لا يتعلق باللجام غالبا الا المالك
بخلاف التعلق بالذنب ولو تنازعا في بساط
احدهما قاعد عليه والاخر متعلق به
فهو بينهما نصفان يعني لاستوائهما بينهما
لا بطريق القضا لان الجلوس ليس بيد
عليه بخلاف الركوب واللبس الا ترى
انه يصير بهما غاصبا لثبوت يده عليه ولا
يصير غاصبا بالقعود على البساط وكذا
اذا كانا جالسين عليه فهو بينهما بخلاف
ما اذا كانا جالسين في دار وتنازعا فيها
حيث لا يحكم لهما بها لاحتمال انها في يد
غيرهما وهنا علم انه ليس في يد غيرهما

قال

قال وصاحب الحمل والجذوع والاتصال
احق من الغير يعني الاول ان تنازعا في
دابة وعليها حمل لاحدهما كان صاحب الحمل
اولى لانه هو المتصرف فيها التصرف المعتاد
فكانت في يده كما اذا ادعى جماعة
سفينة وكان واحد منهم راكبا والاخر
ممسك بسكانها واخر يجذف فيها واخر
يمدها فهي بينهم الا من يمدها فانه لا شي
له فيها لان الباقين هم المتصرفون فيها
التصرف المعتاد ولو كان الحمل لهما كانت
بينهما لاستوائهما ولا ترجح بكثرة ما في الحمل
لاحدهما لان الترجيح يقع بالقوة لا بالكثرة
على ما بينا ومعنى الثاني ان يكون حائط عليه
هرادي لرجل وللاخر عليه جذوع او متصل
ببنائه فهو لصاحب الجذوع والاتصال
دون الهرادي لان صاحب الجذوع هو
المستعمل وصاحب الهرادي متعلق والبنا
يبنى للجذوع عادة لا لوضع الهرادي فصار
نظير دابة تنازعا فيها ولاحدهما عليها حمل
وللاخر كوز معلق او مخلاة معلقة فانها
تكون لصاحب الحمل دون صاحب الكوز والمراد
بالاتصال اتصال ترجيع وهو ان يتداخل لبن
البنا المتنازع فيه في لبن جداره ولبن جداره

الذي في الحائط

في لبن البنا المتنازع فيه وساج احدهما مركب
على ساج الاخر لان الاتصال بهذه الصفة
لا يكون الا عند البنا فدل ذلك على ان بانيهما
واحد في وقت واحد فترجح به وكان الكرخي
رحمه الله يقول صفة هذا الاتصال ان
يكون الحايط المتنازع فيه حتى يصير مربعا
شبه القبة فحينئذ يكون الكل في حكم
واحد والمروي عن ابي يوسف رحمه الله
ان اتصال جانبي الحايط المتنازع فيه بحايطين
لاحدهما يكفي ولا يشترط اتصال الحايطين
بحايطه لمقابلة الحايط المتنازع فيه وعليه
اكثر مشايخنا رحمهم الله لان الرجحان يقع
بكون ملكه محيطا بالحايط المتنازع فيه من
الجانبين وذلك يتم بالاتصال بجانبي الحايط
المتنازع فيه وان كان الجدار من خشب
فالتربيع ان يكون ساج احدهما مركبا في
الاخر واما اذا نقب وادخل فلا يكون مربعا
فلا عبرة به ولا الاتصال الملازقة من غير
تربيع لعدم المداخلة فلا يدل على انهما بنيا
معا ولا بوضع الهرادي ولا البواري
لان الحايط لا يبنى لاجله عادة فلا يكون تصرفا
فيه فلا يعتبر امثلا كوضع الثوب على الجدار
حتى لو تنازعا في حايط ولاحدهما عليه هرادي

متصلا على الطرفين الذي هما من جانبي الحائط ولا اتصال متصلا بحائطي الحائط المتنازع فيه

ولا

ولا شي للاخر فهو بينهما اذا علم انه في ايديهما
ولا يرجح صاحب الهرادي لعدم الاستعمال
بخلاف اتصال التربيع لان الاستعمال
فيه موجود من وجه ولان البنا للتسقيف
وهو بالجذوع دون الهرادي وقال الشافعي
رضي الله عنه لا يرجح بوضع الجذوع لانه محتمل
يحتمل انه ملكه وعارية وغصب فلا يكون
حجة مع الاحتمال قلنا صاحب الجذوع
مستعمل للحايط فكان في يده والقول قول
صاحب اليد فصار نظير الحمل على الدابة
ولان الحايط يبنى للجذوع فوضعه علامة
ملكه ومثل هذا يصلح ان يكون علامة
كما اذا اختلف الزوجان في متاع البيت
حتى جعل الترجيح بالصلاحية ولو كان لكل
واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما
لاستوائهما في اصل العلة ولا معتبر
بالكثرة والقلة بعد ان يبلغ ثلاثا لان
الترجيح بالقوة لا بالكثرة على ما بينا وانما
شرطنا ان يبلغ ثلاثا لان الحايط يبنى
للتسقيف وذلك لا يحصل بما دون الثلث
غالبا فصار الثلث كالنصاب له ولو كان
عليه جذوع لاحدهما ثلثه وللاخر اقل فهو
لصاحب الثلاثة استحسانا وهو قول ابي

المن رطلين

حنيفة رحمه الله والقياس وهو مروي
عن ابي حنيفة رحمه الله ان يكون بينهما
نصفان لان الترجيح لا يكون بالكثرة بل
بالقوة فيستويان فيه كما اذا كان لهما
حمل على دابة لاحدهما مائة من وللاخر
من او منوان فانه بينهما نصفان ووجه
الاستحسان ان ما دون الثلاث حجة
ناقصة اذ لا يبنى الحايط لاجل الواحد
او الاثنين عادة والحجة الناقصة لا تظهر
بمقابلة الكاملة ثم لصاحب الجذوع
الواحد او الاثنين حق الوضع باتفاق
الروايات لانا حكمنا بالحايط لصاحب
الجذوع بالظاهر وهو يصلح للدفع لا للاستحقاق
فلا يومر بالقلع بخلاف ما اذا اثبت ان الحايط
له بالبينة حيث يومر بالقلع لان البينة
حجة مطلقة تصلح للدفع والاستحقاق وهو
نظير الشفعة حتى لا تستحق بما يثبت ملكه
باليد وبخلاف ما اذا تنازعا في دابة
ولاحدهما عليه حمل وللاخر كوز معلق ونحوه
حيث يومر بالقلع وان كان استحقاقه
باليد ووجه الفرق ان وضع الكوز لا يمكن
استحقاقه على ملك الغير ابدا موبدا
وانما يكون موقتا من جهة المالك فاذا ظهر

الاستحقاق امر بالازالة واما وضع الخشب
فيمكن استحقاقه بان وقعت القسمة
بذلك الشرط ثم اختلفت الروايات
بعد ذلك في انه يملك ذلك الموضع ام لا
فذكر في كتاب الاقرار محمد رحمه الله ان الحايط كله لصاحب
الاجذاع ولصاحب القليل ما تحت جذعيه
يريد به حق الوضع لان الحايط لا يبنى
لاجل جذع واحد او جذعين عادة وانما
ينصب له اسطوانة فلا يحكم له بالملك
كمسالة الدابة اذا كان لاحدهما عليها حمل
وللاخر كوز معلق على ما بينا وذكر في كتاب
الدعوى محمد ان الحايط بينهما على قدر الاجذاع
لان موضع جذعه مشغول بجذعه
فيكون في يده حقيقة باعتبار الاستعمال
فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت
خشبته لوجود سبب الاستحقاق فيه
ثم من اصحابنا من قال يحكم بما بين الخشبات
بينهما على قدر الاخشاب واكثرهم على انه
لا يملك ما بين الخشبة والخشبتين الا
موضع خشبته ومنهم من قال يحكم [illegible]
بين الخشبات يكون ما بين الخشب بينهما
نصفان ومنهم من قال يقسم جميع الحايط بينهما
على قدر راسنا بهما اعتبارا لقدر الاستعمال

وجعل في المحيط ما ذكر في كتاب الاقرار
اصح وقال قاضي خان والصحيح ان ذلك الموضع
يكون ملكا لصاحب الخشبة كما ذكر في
الدعوى وان كان لاحدهما عليه جذوع
وللاخر اتصال تربيع فصاحب الجذوع اولى
لان له تصرفا في الحائط ولصاحب الاتصال
اليد والتصرف اقوى في الدلالة على الملك
ورجح السرخسي هذه الرواية وذكر الطحاوي
ان صاحب الاتصال اولى لان الحائطين بهذا
الاتصال يصيران كبناء واحد فالقضاء ببعضه
يصير قضاء بكله ثم يبقى للاخر حق وضع
جذوعه لما بينا ورجح الجرجاني هذه
الرواية ورجحها بالسبق لان التربيع يكون
حالة البناء وهو سابق على وضع الجذوع
فكان بيده ثابتا فيه قبل وضع الاخر
الجذوع فصار نظير سبق التاريخ الا انه
لا يرفع جذوع الاخر على ما بينا ولا فرق
في هذا بين ان يكون الاتصال من جانب
او من الجانبين على ما ذكره الطحاوي رحمه الله
وفي المحيط الايدي في الحائط على ثلاث مراتب
اتصال تربيع واتصال ملازقة ومجاورة ووضع
جذوع ومحاذاة بناء ولا علامة لليد في الحائط
سوى هذا فاولاهم صاحب التربيع فان لم

يوجد

وقف لله تعالى

يوجد فصاحب الجذوع فان لم يوجد فصاحب
المحاذاة وان كان لاحدهما جذع واحد
ولا شيء للاخر اختلف المشايخ فيه قيل هما سواء
لان الواحد لا يعتد به وقيل صاحب الجذع
اولى لان الحائط قد يبنى لجذع واحد
وان كان ذلك غير غالب ولو كان لاحدهما
عليه هرادي او بواري ولا شيء للاخر
فهو بينهما لان الهرادي لا يعتبر ولا البواري
وفي فتاوى قاضي خان ان كان لاحدهما
عليه جذع واحد وللاخر عليه هرادي او بواري
لم يكن له عليه شيء فهو لصاحب الجذع قال

ثوب في يده وطرفه في يد اخر نصف

يعني لو تنازع اثنان في ثوب في يد
احدهما وطرفه في يد الاخر كان بينهما
نصفين لان يد كل واحد منهما ثابت في
الثوب الا ان احدهما ثابتة في الاكثر
وذلك لا يوجب الترجيح لما ذكرنا ان الرجحان
بالقوة لا بالكثرة فصار كما لو تنازعا في دابة
ولهما عليها حمل على التفاوت كانت بينهما
نصفين ولا يعتبر تفاوت الحمل حتى اذا كان
لاحدهما من وللاخر مائة من كانت بينهما
بخلاف ما اذا كان في يد احدهما الهدبة
والباقي في يد الاخر لان الهدبة ليست

رقصبات

بثوب اذ هي غير منسوجة فلم يكن في يده
شيء من الثوب فلا يزاحم الاخر قال
صبي يعبر فقال انا حر فالقول له لانه
اذا كان يعبر عن نفسه فهو في يد
نفسه فلا يقبل دعوى احد عليه انه
عبده عند انكاره الا ببينة كالبالغ
قال ولو قال انا عبد لفلان او لا
يعبر عن نفسه فهو عبد لمن في يده اما
الاول فلانه اقر انه لا يد له حيث اقر
على نفسه بالرق فكان ملكا لمن في يده
كالقماش في يده فيقبل اقراره عليه
ولا نسلم ان الاقرار بالرق من اضرار
لانه يمكنه التدارك بعده بدعوى
الحرية اذ التناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى
بخلاف الاقرار بالدين ولا يقال الاصل
في الآدمي الحرية لانه ولد آدم وحوى
عليهما السلام وهما حران فوجب ان لا
يقبل دعوى الرق الا ببينة وكونه
في يده لا يوجب قبول قوله عليه كاللقيط
حيث لا يقبل قول الملتقط انه عبده
وان كان في يده لانا نقول الاصل اذا
اعترض عليه ما يدل على خلافه يبطل
وثبوت اليد دليل على خلاف ذلك الاصل

لانه

لانه دليل الملك فيبطل به ذلك الاصل ولا
نسلم ان اللقيط اذا اقر بالرق بعد
ان كان معبرا عن نفسه يخالفه في الحكم فلا
يلزمنا وان لم يعبر عن نفسه فليس في يد
الملتقط من كل وجه لانه امين فيه والامين
يده قائمة مقام يد غيره فكانت غير
ثابتة حكما واما الثاني وهو ما اذا كان
لا يعبر عن نفسه فلانه بمنزلة المتاع
فيكون ملكا لمن هو في يده اذا ادعاه لعدم
المعارض من يدعي على نفسه حقيقة او حكما
وهذا لان الاصل في الآدمي وان كان ان
لا يثبت عليه يد غيره اكراما له حتى لا يكون
مهانا كالقماش والبهائم لكن ذلك عند
القدرة بان يكون معبرا عن نفسه لا عند
العجز والعجز باحد امرين اما بالصغر حقيقة
او بالرق حكما فيقبل قول المدعي ولو كبر
وادعى الحرية لا يقبل قوله لانه ظهر عليه الرق
فلا ينقض ذلك الا ببينة قال عشرة ابيات
في دار في يده وبيت في يد اخر فالساحة نصفان
لان الساحة تحتاج اليها الملاك لاستعمالها
في انواع المرافق من المرور فيها والتوضي وكسر
الحطب ووضع الامتعة ونحو ذلك من انواع
المنافع وهما في ذلك سوا فينصف بينهما

وضارت نظير الطريق ولان الترجيح بالقوة
لا بالكثرة على ما بينا غير مرة بخلاف ما اذا
تنازعا في الشرب حيث ينقسم بينهما على
قدر اراضيهما لان الشرب يحتاج اليه
لاجل سقي الارض فعند كثرة الاراضي
تكثر الحاجة اليه فيتقدر بقدر الاراضي
بخلاف الانتفاع بالساحة فانه لا يختلف
باختلاف الاملاك كالمرور في الطريق قال
رحمه الله ادعى كل ارضا انها في يده
ولبن احدهما فيها او بنى او حفر فهي في
يده كما لو برهن انها في يده لان اليد
في الارض غير مشاهدة وهي مقصودة
فلا يثبت عند القاضي بمجرد دعواهما انها
في يده او من التصرف فيها كالتلبين او
البناء او الحفر لان التمكن من هذه الاشيا
دليل على انها في يده ثم ان ادعيا انها
في ايديهما لم يقض به بلا بينة لاحتمال
انها في يد غيرهما وان ادعيا انها في يد
احدهما فكذلك لانه يمكن انهما تواضعا
على ذلك لكن ليس للقران يد منازعة في
اليد لاقراره انها في يد صاحبه واقراره
في حق نفسه مقبول وكذا لو حلف انها
ليست في يد صاحبه فنكل احدهما او نكلا

جعل

جُعِل في يد كل منهما نصفها الذي في يد صاحبه
لصحة اقراره في حق نفسه وان حلفا
جميعا لم يقض باليد لهما فيها وبرئ كل منهما
عن دعوى صاحبه وان اقام احدهما
البينة انها في يده قُضي له باليد فيها ويكون
الآخر خارجا وكذا ان لبن احدهما او
بنى او غرس او نقل شيئا آخر مما يدل على
انها في يده وان اقاما البينة على اليد
قُضي بها لهما فان طلبا القسمة لا يقسم
بينهما ما لم يقيما البينة على الملك قيل هذا
قول ابي حنيفة وعندهما تقسم بناء على ان
الورثة اذا كانت دار في ايديهم قسمها
بقولهم انها ميراث عندهما وعند ابي حنيفة
رحمه الله انه لا يقسمها حتى يقيموا البينة
انه مات وتركها ميراثا بينهم والله اعلم
بالصواب

باب دعوى النسب

قال ولدت مبيعة لاقل من
ستة اشهر منذ بيعت فادعاه البايع
فهو ابنه وهي ام ولده ويفسخ البيع ويرد
الثمن وان ادعاه المشتري معه او بعده
وقال زفر والشافعي لا تصح دعوته الا ان
بينة وهو القياس لان اقدامه
على البيع دليل على ان الحمل ليس منه اذ هو

اعتراف منه بجوازه لان المسلم لا يباشر
الباطل ظاهرا فصار في دعواه مناقضا
وساعيا في نقض ما تم من جهته وهو البيع
فلا يقبل اذ التناقض يبطل الدعوى
فصار كما لو ادعاه البائع او ادعى هو
اعتاقها او تدبيرها قبل البيع وجه
الاستحسان ان مبنى النسب على الخفاء فيعفى
فيه التناقض فتقبل دعوته اذا تيقن
بالعلوق في ملكه بالولادة لاقل من ستة
اشهر لانه (اي الحبل) بمنزلة اقامة البينة بل فوقها
وهذا لان الانسان قد لا يعلم العلوق
بالكلية ثم قد يظهر له او قد يظن ان العلوق
من غيره ثم يعلم انه منه فيعذر في التناقض
كالزوج اذا كذب نفسه بعد قضاء القاضي
بنفي النسب باللعان وكالمختلعة تقيم
البينة ان الزوج طلقها ثلاثا قبل الخلع
وكالمكاتب يقيم البينة ان مولاه اعتقه
قبل الكتابة فان بينتهما تقبل مع
التناقض في الدعوى لخفاء عليهما لان
الزوج والمولى ينفرد كل واحد منهما بالطلاق
والاعتاق فيعذران فيه بخلاف دعوى
الاعتاق والتدبير بعد البيع لانه فعل
نفسه فلا يخفى عليه فلا يعذر ولانه لم

ينتقض

ينتقض بكذبه في الكلام الاول لاحتمال كذبه
في الثاني فلا ينتقض (اي الاول) البيع بالاحتمال حتى لو
اقام البينة بالاعتاق او التدبير تقبل
بينته لتيقن كذبه بثبوت الحرية او التدبير
قبل البيع وبخلاف دعوى البائع
لان شرط صحة دعواه ثبوت ولاية الدعوة
من وقت العلوق الى وقت الولادة على ما
بيناه من قبل ولم يوجد واذا صحت الدعوى
من البائع استندت الى وقت العلوق
لكونها دعوة استيلاد فيظهر انه باع ام
ولده فيكون باطلا ويرد الثمن لبطلان
البيع ولان المشتري لم يدفع الثمن اليه
الا ليسلم له المبيع فاذا لم يسلم له رجع
به ولا يعتبر دعوة المشتري مع دعوة
البائع او بعده وهو المراد بقوله وان
ادعاه المشتري معه او بعده لان
دعوى البائع اسبق لانها تستند الى
حالة العلوق لكونها دعوة استيلاد لوجود
العلوق في ملكه ودعوة المشتري دعوة
تحرير اذ العلوق لم يكن في ملكه فيقتصر
فكانت الاولى اقوى فلا يعتبر الثانية
معها ولانه لما ثبت النسب من البائع
تبين ان البيع كان باطلا فلم يدخل

في ملك المشتري فصار المشترى كغيره من
الاجانب فلا يصح دعواه ولان الولد
استغنى عن النسب بثبوته من البايع فلا
حاجة الى اثباته من غيره واحترز بقوله
وان ادعاه المشتري معه او بعده عما اذا
ادعاه المشتري قبله لانه اذا ادعاه
المشتري اولا ثبت نسبه منه لوجود
المجوز للدعوة وهو الملك لا المشترى
انه يجوز اعتاقه واعتاق امه فكذا يصح
دعوته ايضا لحاجته الى النسب والى الحرية
ويثبت لها امومية الولد باقراره ثم لا
يصح دعوة البايع بعده (او بعد دعوة المشتري) لانه قد استغنى
عن النسب بنبوته من المشترى ولان النسب
لا يحتمل الابطال فيبطل به حق استحقاق
النسب للبايع ضرورة قال **وكذا ان ماتت
الام بخلاف موت الولد** يعني اذا ماتت
الام فادعى البايع الولد وقد جاءت به
لاقل من ستة اشهر ثبت نسبه منه
مثل الاول بخلاف ما اذا مات الولد ثم
ادعاه البايع حيث لا يثبت نسبه منه والفرق
ان الولد هو الاصل في الباب والام تبع له
الا ترى انها تضاف اليه فيثبت
نسبه اولا فيعتق فتتبعه امه فيثبت

لها حق الحرية بسببه لقوله عليه الصلاة
والسلام اعتقها ولدها وقال عليه الصلاة
والسلام من وطئ امته فولدت له فهي معتقة
عن دبر منه رواهما ابن ماجه ولان
المقصود من الدعوة الولد دون الام وهي
تدخل تبعا فكان اثبات له اقوى والادنى
يتبع الاقوى فاذا كان الولد هو الاصل
كان المعتبر بقاءه لحاجته الى ثبوت النسب
ولا يضره فوات التبع بخلاف العكس ومن
اذا مات الولد دون الام حيث لا يصح
دعوته في الام لان الحكم لا يثبت في التبع
ابتداء بدون متبوعه والولد قد استغنى
عن النسب بالموت فتعذر اثباته بعد
موته ولم يتعذر بعد موتها فيثبت
نسبه ويرد الثمن كله عند ابي حنيفة
رحمه الله لانه تبين انه باع ام ولده
وبيعها باطل ولا يضمنها المشتري لان
ماليتها غير متقومة عنده كالحر ولهذا لا
تضمن بالغصب عنده وعندهما يرد
حصة الولد ولا يرد حصة الام لان
ماليتها متقومة عندهما فتضمن بالعقد
والغصب فتكون مضمونة على المشتري
فاذا رد الولد وهنا يجب على البايع

رد حصة ما سلم له وهو الولد لئلا يجتمع البدل
والمبدل في ملكه ولا يجب عليه رد حصة
ما لم يسلم له وهي الام هكذا ذكروا الحكم
على قولهما وكان ينبغي ان يرد البايع جميع
الثمن عندهما ايضا ثم يرجع بقيمة الام لانه
لما ثبت نسب الولد منه تبين انه باع
ام ولده وبيع ام الولد غير صحيح بالاجماع
فلا يجب فيه الثمن ولا يكون لاجزاء المبيع
منه حصة بل يجب على كل واحد من المتعاقدين
رد ما قبضه ان كان باقيا والا فبدله
قال وعتقهما كموتهما اى اعتاق المشترى
الام والولد كموتهما حتى لو اعتق المشترى
الام دون الولد فادعى البايع الولد انه
ابنه صحت دعوته وثبت نسبه منه
ولو اعتق الولد دون الام لا تصح دعوته
لما ذكرنا ان الولد هو الاصل فيعتبر قيام
المانع به حتى تمتنع الدعوى دون الام
كما قلنا في الموت وانما كان الاعتاق مانعا
لانه لا يحتمل النقض بعد ثبوته كالنسب
فصار اعتاقه كدعوته انه ابنه ولان
الاعتاق يثبت الولاء وهو كالنسب فلا
يمكن ابطاله كما لا يمكن ابطال نسبه
بعد ما ادعاه المشترى ولان البايع حقا

وهو

١٣٦٩

٤٤٦

وهو حق دعوة النسب والاستيلاد وما ثبت
للمشترى حقيقة والحق لا يعارض الحقيقة
والتدبير كالاعتاق لانه لا يحتمل النقض
لما ظهر فيه بعض آثار الحرية وهو
امتناع التمليك فصار كالاستيلاد ثم
ان قام هذا المانع بالولد امتنعت دعوة
البايع لما بينا وان قام بالام لا يمنع فيثبت
نسبه من البايع ولا تصير امه ام ولد
له لان العتق فيها لا يمكن نقضه ولا يقال
انه ينبغي ان يبطل اعتاق المشترى لان
نسب الولد ثبت مستندا الى وقت
العلوق فتبين انه باع ام ولده فلم يملكها
المشترى فيبطل الاعتاق كما لو ولدت
المبيعة ولدين في بطن واحد فاعتق
المشترى احدهما ثم ادعى البايع الآخر
انه ابنه ثبت نسبهما منه وبطل عتق
المشترى لانه لم يملكه ضرورة انهما خلقا
من ماء واحد ولهذا يبطل ساير تصرفاته
مثل البيع والهبة فكذا العتق وتوابعه لانا
نقول ثبوت امومية الولد ليس من احكام
ثبوت النسب ولا من ضروراته الا ترى
ان النسب يثبت في ولد المغرور وفي ولد
الامة المنكوحة ولا تصير امه ام ولد له

بخلاف التوءمين لانهما خلقا من ماء واحد فاذا ثبت
لاحدهما من الاحكام ثبت للاخر ضرورة
ثم اذا لم يبطل عتق المشتري في الام قيل
البايع يرد من الثمن ما يخص الولد خاصة
ولا يرد ما يخص الجارية بالاجماع هنا
وذكر الفرق لابي حنيفة رحمه الله في
المبسوط بين هذا وبين ما اذا ماتت فان
البايع فيها يرد جميع الثمن عنده وهنا يرد الام
ما يخص الولد فقط والفرق ان في الاعتاق
القاضي كذبه البايع فيما يزعم انها ام ولده
حيث جعلها معتقة المشتري ولم يفسخ البيع
بينهما فبقي البيع صحيحا فيجب عليه ثمنها
بخلاف فصل الموت فان زعم البايع فيه لم
يبطل بشيء فبقي معتبرا في حقه اذا لم يكن
مكذبا شرعا فيرد جميع الثمن وفي الاعتاق
يرد حصة الولد ثم جعل هنا المولود بعد
القبض حصة من الثمن كالمولود قبله لكون البايع
متسببا من فسخ هذا البيع بالدعوة فصار
كالحادث قبل القبض في المعنى وفي الحادث
قبل القبض له حصة من الثمن اذا استهلكه
البايع وقد استهلكه هنا بالدعوة او لكونه
مستخرجا من العقد ومن المشايخ من قال
يرد البايع جميع الثمن هنا عند ابي حنيفة

رحمه

٤٤٧

رحمه الله كما في فصل الموت لان ام الولد
لا قيمة لها عنده ولا يضمن بالعقد فيواخذ
بزعمه واليه مال صاحب الهداية ومعه
وهو يخالف الرواية وكيف يقال يسترد
جميع الثمن والبيع لم يبطل في الجارية
حيث لم يبطل اعتاقه بل يرد حصة الولد
فقط بان يقسم الثمن على قيمتهما يعتبر قيمة
الام يوم القبض لانها دخلت في ضمانه
بالقبض وقيمة الولد يوم الولادة لانه
صار له القيمة بالولادة فيعتبر قيمته
عند ذلك قال وان ولدت لاكثر من
ستة اشهر ردت دعوة البايع الا ان
يصدقه المشتري وهذا الكلام يشمل وجهين
احدهما ان تلد لاكثر من سنتين من وقت
البيع فحكمه انه لا تصح دعواه لعدم العلوق
في ملكه بيقين وهو المصرح الا اذا صدقه
المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد
بالنكاح لتيقننا ان العلوق لم يكن في
ملكه ولا يبطل البيع ولا يعتق الولد ولا
تصير الامة ام ولد له لان العلوق حادث
بعد البيع ولا يستند الى ما قبل البيع
حتى يبطل فكانت هذه الدعوة دعوة
تحرير فلا يستند الا الى الملك اذ لا يقدر

عند المالك على التحرير والثاني ان تلد لاكثر من
ستة اشهر وقت البيع ولا قل من سنتين
منه لكمال ان دعوة البايع لا تعتبر فيه ايضا
لاحتمال العلوق بعد البيع فلم يوجد الحجة
ثبته بيقين فلم يصح الا ان يصدقه المشتري
فحينئذ يثبت نسبه لتصادقهما فيه وتصير
الامة ام ولد له تبعا للولد ويبطل البيع
لاستناد العلوق الى ما قبل البيع لامكانه
فتبين انه باع ام ولده فيبطل وبهذا لان
هذه الدعوة دعوة استيلاد فيستند ثم
اعلم ان الدعوة هنا ثلاثة اوجه دعوة
استيلاد ودعوة تحرير ودعوة شبهة
كالاب يدعي جارية ابنه وحكم كل قسم وشرطه
مذكور في موضعه وصورة كل قسم من هذه
الاقسام ينقسم الى ثلاثة اما ان تلد لاقل
من ستة وقت البيع او لاكثر من سنتين اشهر
او لما بينهما وقد ذكرنا حكم كل بحمد الله تعالى
فاحفظه قال وان باع احدهما فاعتقه
المشتري بطل عتق المشتري معناه ومن
ادعى نسب احد التوأمين يثبت نسبهما منه
لما بينا وانما يعرف انهما توأمان اذا كان بين
ولادتهما اقل من ستة اشهر وان كان
بينهما ستة اشهر فصاعدا فليسا بتوأمين

لكن

لان اقل مدة الحمل ستة اشهر فاذا انت بولد
ثم جاءت بولد اخر لاقل من ستة اشهر
يعلم بالضرورة انهما من ماء واحد اذ لا يمكن
علوق الثاني بعد الولادة لما ذكرنا ولا
يمكن علوقه وهي حبلى بالاول لان فم الرحم
منسد ولا ينفتح وهي حبلى الا لخروج
الولد قال وان باع احدهما فاعتقه
المشتري بطل عتق المشتري معناه اذا باع
احد التوأمين فاعتقه المشتري ثم ادعى
البايع الذي لم يبعه انه ابنه ثبت نسبهما
منه وبطل عتق المشتري فيه لان دعوة البايع
صحت في الذي لم يبعه لمصادفة العلوق
والدعوى ملكه فيثبت نسبه ومن ضرورته
ثبوت نسب الاخر منه لانهما من ماء واحد
فيكون نقض العتق بما هو فوقه وهي الحرية
الثابتة باصل الخلقة بخلاف ما اذا كان
الولد واحدا حيث لا يبطل فيه اعتاق المشتري
بدعوى البايع نسبه لان العتق فيه
لو بطل لبطل مقصودا لاجل حق الدعوة
للبايع وانه لا يجوز على ما بينا وجه وهنا
يثبت الحرية في الذي لم يبعه ثم يتعدى
الى الاخر ضمنا وتبعا وكم من شيء يثبت ضمنا
وان لم يثبت مقصودا هذا اذا كان اصل

فيلزم منه بطلان عتق المشتري لكونهما حري الاصل اذ يستحيل ان يكون احدهما حر الاصل والاخر رقيقا وهما من ماء واحد صح

العلوق في ملكه واما اذا لم يكن العلوق في ملكه
بان اشتراهما بعد الولادة او اشترى امهما
وهي حبلى بهما او باعهما ثم اشتراهما لاكثر من
سنتين فيثبت نسبهما ايضا لانهما لا يفترقان
فيه لما ذكرنا لكن لا يعتق الذي ليس في ملكه
وان كان المشتري قد اعتقه لا يبطل عتقه
لان هذه الدعوة دعوة تحرير لعدم العلوق
في الملك فلا يملكها الا من يملك الاعتاق فهذا
شرط لنزول العتق عليه ان يكون في ملكه
بخلاف المسالة الاولى وهو ما اذا كان العلوق
في ملكه حيث يعتقان جميعا لان دعوة
استيلاد فيستند ومن ضرورته عتقهما
بدليل انهما حرا الاصل فتبين انه باع حرا
قال صبي عند رجل فقال هو ابن فلان
ثم قال هو ابني لم يكن ابنه وان جحد ان يكون
ابنه معناه اذا كان صبي عند رجل فقال
الرجل الذي عنده الصبي هذا الصبي ابن
فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه
ابدا وان جحد فلان الغائب ان يكون الصبي
ابنه ولا يشترط لهذا الحكم ان يكون الصبي
في يده واشتراطه في الكتاب وقع اتفاقا
وانما لا تصح دعوته بعد ذلك لانه اقر
بثبوت نسبه من الغير وذلك يمنع ثبوت

نسبه

٤٤٥

نسبه منه بدعوته لان اقراره حجة في حق
نفسه وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا
تصح دعوة المقر بعد جحود المقر له ان يكون
ابنه لان اقراره بطل بجحود المقر له فصار
كان لم يقر ولهذا يعتق عليه بدعوته لو كان
عبدا له وهذا لان الاقرار بالنسب مما
يرتد بالرد اذ الاقرار بما لا يحتمل النقض
ملحق بالاقرار بما يحتمل النقض ولهذا يؤثر
فيه الهزل والاكراه حتى لا يصح معهما وان
كانا لا يؤثران فيما لا يحتمل النقض فصار
كما اذا اقر المشتري على البايع باعتاق
العبد المبيع قبل البيع وكذبه البايع ثم
قال المشتري انا اعتقته فان الولا يتحول
اليه فكذا هذا ولان اقراره له بالنسب نفي
للنسب عن نفسه او انكار لوجوب الحقوق
عليه وذلك لا يمنع الاقرار به بعده بان قال
ليس هو بابني ثم قال هو ابني فكذا هذا
بعد نفي م
ولهذا تصح اكذاب الملاعن نفسه النسب
عنه بخلاف ما اذا كان صدقه لانه يبقى
نسبا ثابتا من غيره وبخلاف ما اذا لم يصدقه
ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على
اعتبار تصديقه كولد الملاعنة لا يثبت نسبه
من غير الملاعن لتعلق حقه به بتكذيب نفسه

ولابي حنيفة رحمه الله ان النسب مما لا يحتمل
النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد
بالرد فبقي في حق نفسه لان اقراره حجة
في حق نفسه كمن اقر بحرية عبد الغير
فكذبه المولى فانه يبقى في حق المقر حرا
ولا يرتد اقراره حتى لو ملكه يوما عتق
عليه لاقراره بذلك ولو شهد على رجل
بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم
ادعاه الشاهد لنفسه فان دعواه لا تقبل
لاقراره به للغير وهذا لانه تعلق به حق المقر
له حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت نسبه
منه وكذا لو تعلق به حق الولد فلا يرتد
برد المقر له فصار كدعواه قبل الرد ولان
موجب اقراره شيئان ثبوت النسب من
الغير والحاله حق نفسه في الدعوة واذا ارتد
الاول لعدم ولايته عليه فلا يرتد
الثاني لان اقراره حجة عليه ولا يلزم مسالة
الولاء لانها على الخلاف ذكره في كتاب الولاء
ولئن سلم فالنسب الزم من الولاء فانه
يقبل التحول من جانب الام الى جانب الاب عند اعتاق الاب صح
وكذا اذا ارتدت معتقة والعياذ بالله
ولحقت بدار الحرب وسبيت واعتقها المولى
الثاني كان الولاء له والنسب لا يقبله كما مر

في

(ولده)
في الملاعنة فلا يصح النفي عليه وانما يعتق
عليه اذا ادعاه لاقراره به كما اذا اقر لعبده
الثابت نسبه من غيره هو ابني وهذا يصلح
(صيانة للمشتري)
حيلة فيمن يبيع عبدا اصل علوقه
عنده ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك من
(اي البايع)
البايع فيبطل دعواه بنسبه لغيره مطلقا
عنده وعندهما بشرط ان لا يرد المقر له
النسب بان يسكت او يخبر بموته او
لغايب لا يعرف قال ولو كان في يد مسلم
ونصراني فقال النصراني ابني وقال المسلم
عبدي فهو حر ابن النصراني اي لو كان الصبي
في ايديهما فادعى النصراني انه ابنه والمسلم
انه عبده وادعياه معا كان حرا ابن النصراني
لانه ينال بذلك شرف الحرية اذ لا قدرة
له على اكتسابها فكان الجمع بينهما اولى لا يقال
ينبغي ان يكون عبد المسلم لان الاسلام مرجح
لانا نقول الترجيح يكون عند التعارض وهو ال
الاستوا بخلاف ما اذا ادعى كل واحد منهما
انه ابنه حيث المسلم فيه اولى لاستوائهما
في دعوى البنوة فترجح المسلم بالاسلام وهو اوفر
للصبي لحصول الاسلام له في الحال انتهى قال
وان كان صبي في يد زوجين فزعم انه ابنه
من غيرها وزعمت انه ابنها من غيره فهو ابنهما

استواء ولا تعارض هنا لان النظر له فيما قلنا اوفر فانتفى صح

[illegible]

لان كل واحد منهما اقر للولد بالنسب وادعى ما
يبطل حق صاحبه فصح اقرارهما له ولا يبطل حق
صاحبه فصح اقرارهما له ولا يبطل بمجرد قوله
ولا يترجح احدهما على الاخر لاستوا ايديهما
فيه دنيا مراديهما عليه وقيام الفراش
بينهما دليل ظاهر على انه منهما كثوب في يد
رجلين يقول كل واحد منهما انه ابطل حق
صاحبه فيه الا ان المقر له يشارك المقر في
نصيبه لان المحل يحتمل الشركة وفي النسب لا
يشارك لانه لا يحتملها هذا اذا كان الصبي
لا يعبر عن نفسه وان كان يعبر فالقول له
ايهما صدق ثبت نسبه منه قال **ولو ولدت
مشتراة فاستحقت غرم الاب قيمة الولد
وهو حر** يعني لو اشترى امة فولدت منه ثم
استحقها مستحق ضمن المشتري قيمة الولد
والولد حر وكذا اذا ملكها بسبب اخر غير الشرا
اي سبب كان وكذا اذا تزوجها على انها حرة
فولدت له ثم استحقت روى ذلك عن عمر
رضي الله عنه في النكاح وعن علي رضي الله عنه
في الشرا بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير
نكير فكان اجماعا ولان النظر من الجانبين
واجب اذ المغرور معذور لانه بنى الامر على
سبب صحيح شرعا والامة ملك المستحق والولد

جزوهما

جزوهما فاستوجب الاخر النظر فوجب الجمع
بينهما بما امكن مراعاة لحقهما وذلك بان
يجعل الولد حر الاصل في حق الاب ورقيقا في
حق المستحق لان استحقاق الاصل سبب لاستحقاق
الجزء فيضمن الاب قيمته يوم الخصومة
لانه يوم المنع او التحول من العين الى القيمة
لانه لما علق رقيقا في حق المولى كان حقه
في عين الولد وانما يتحول الى القيمة بالقضا
فيعتبر قيمته وقت التحول ويجب هذه
القيمة على الاب دون الولد حتى اذا كان الاب
ميتا يوخذ من تركته لان المانع من الدفع ثبوت
النسب وهو من الاب دونه ولا ولا للمستحق
عليه لانه علق حر الاصل وانما قدرنا الرق
ضرورة القضا بالقيمة فلا يعدو موضعها
ثم هذا الغرور ان كان في ملك اليمين
فظاهر وان كان في النكاح فان القاضي يقضي
بها وبولدها للمستحق عند اقامة المستحق
البينة انها له لانه ظهر له انها للمستحق
وفرعها يتبعها الا اذا اثبت الزوج انه
مغرور بان يقيم البينة انه تزوجها على انها
حرة فيثبت به حرية الاصل للاولاد قال
فان مات الولد لم يضمن الاب قيمته
يعني لو مات الولد قبل الخصومة لا يجب على

الاب شي لان الولد لو كان مملوكا للمستحق حقيقة
لم يكن مضمونا عليه فان الولد المغصوب امانة
عندنا على ما عرف في موضعه فاولى ان
لا يكون مضمونا عليه مع عدم الملك حقيقة
وكذا لو ترك مالا لان الارث ليس ببدل
عنه فلا يقوم مقامه فلم يجعل سلامة
الارث كسلامة نفسه بخلاف ما اذا قتله
قاتل وقبض الاب من ديته قدر قيمته حيث
يجب عليه ضمان قيمته لان سلامة بدله
كسلامته ومنع بدله كمنعه وان لم يقبض
شيا لا يجب عليه لان المنع لا يتحقق فيما لم
يصل اليه وان قبض اقل من قيمته وجب
عليه بقدره اعتبارا للبعض بالكل بخلاف
ما اذا قتله الاب لان المنع تحقق بقتله
كما في ولد المغصوب اذا اتلفه الغاصب
قال = ويرجع بالثمن وقيمته على بايعه
لا بالعقر اي يرجع المشتري بثمن الجارية
وبقيمة الولد على بايعه ولا يرجع بما لزمه
من العقر بوطئها لان البايع صار كفيلا لما
شرط عليه من البدل لان البيع مبني على مساواة
البدلين في حكم الضمان فلما كان الثمن من جانب
المشتري سالما للبايع وجب ان يكون
المبيع سالما للمشتري وذلك بان يجعل

البايع

البايع كفيلا بسبب تلك البدل فصار كانه
قال للمشتري ان الحكم قد ثبت لك فان ضمنك
احد بدعوى باطل فانا ضامن لك بما ضمنك
ولان البايع التزم سلامتها عن العيب اذ
المعاوضة تقتضي ذلك ولا عيب فوق الاستحقاق
فيرجع عليه وكذا ان هلكت عند المشتري
فضمنه المستحق قيمتها وقيمة الاولاد يرجع
المشتري على البايع بالثمن وبما ضمن من قيمة
الاولاد لما بينا ولا يرجع عليه بقيمة الجارية
لان اخذ قيمتها منه كاخذ عينها وفيه
لا يرجع الا بالثمن فكذا هذا وكذا اذا زوجه
رجل على انها حرة ثم استحقت يرجع الاب
على المزوج بقيمة الولد اذ الاستيلاد مبني
على التزويج وشرط الحرية صار بمنزلة الوصف
اللازم لهذا التزويج فيكون الاستيلاد بناء
على التزويج وشرط الحرية فكان الشارط صاحب
علة فتركا لعلة تراك انتقل بما لحقك بسبب
هذا العقد او تقاصا لزمه من الضمان انما
لزمه بالاستيلاد والاستيلاد حكم التزويج
لانه موضوع له فكان المزوج صاحب علة
فيضاف الحكم اليه بخلاف ما اذا اخبره رجل
انها حرة او اخبرته هي وتزوجها من غير شرط
الحرية حيث يكون الولد رقيقا ولا يرجع على

المخبر بشي لان الاخبار سبب محض لان العقد
حصل باختيار الرجل والمراة وانما ياخذ
حكم العلة بالغرور وذلك باحد امرين
بالشرط او بالمعاوضة ولا يرجع بما لزمه
من العقر على البائع وعند الشافعي رحمه
الله يرجع لانه ضمان لزمه بفوت السلامة
قلنا العقر عوض عما استوفى من منافع
البضع فلو رجع به سلم له المستوفى مجانا
والوطي في ملك الغير لا يجوز ان يسلم له
مجانا ولا يرجع على الواهب والمتصدق
والموصي بقيمة الاولاد وعند الشافعي
رحمه الله يرجع لان الغرور قد تحقق منه
بايجابه الملك له فيها واخباره انها مملوكة
قلنا مجرد الغرور لا يكفي للرجوع فان
من اخبر انسانا ان هذا الطريق آمن فسلكها
فاخذ اللصوص ماله لم يرجع على المخبر بشي بخلاف
البيع فانه عقد معاوضة يوجب السلامة
او الضمان على ما بينا وهذا تبرع وهو
محسن وليس على المحسن من سبيل وبخلاف
التزوج لانه موضوع للاستيلاد وطلب
النسل قال عليه الصلاة والسلام تناكحوا
توالدوا تكثروا الحديث فاذا لم يسلم له
ما هو المقصود به رجع بذلك على من غره

والمقصود

والمقصود بوضع الهبة اظهار الجود والسماحة
وثبوت الملك وهذا المقصود يتحقق بدون
الاستيلاد ولو باعها المشتري من اخر فاستولدها
الثاني ثم استحقت رجع المشتري الثاني
على البائع الثاني بالثمن وبقيمة الولد
ويرجع المشتري الاول على البائع الاول
بالثمن ولا يرجع عليه بقيمة الولد عند
ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يرجع عليه
بقيمة الولد ايضا لان البائع الاول ضمن
للثاني سلامة الولد في ضمن البيع ولم يسلم
له حتى اخذ منه قيمة الولد فيرجع به عليه
كما في الثمن والرد بالعيب ولابي حنيفة رحمه
الله ان البائع الاول ضمن للمشتري سلامة
اولاده دون سلامة اولاد المشتري منه
لان ضمان السلامة انما يثبت بالبيع والبيع
الثاني لا يضاف اليه وانما يضاف الى البائع
الثاني لمباشرته باختياره فينقطع به تسبب
الاول بخلاف الثمن لان البائع الاول ضمن
للبائع الثاني سلامة المبيع فلم يسلم له فلا يسلم
لبائعه الثمن وبخلاف الرد بالعيب لان المشتري
الاول استحقه سليما فلم يوجد والله اعلم
بالصواب واليه المرجع والماب

كتاب الاقرار

وهو في اللغة الاثبات يقال قر الشيء اذا ثبت
واقره غيره اذا اثبته وفي الشرع عبارة
عن الاخبار بما عليه من الحقوق وهو ضد
الجحود وشرط صحته ان يكون المقر بالغا
عاقلا طائعا وكونه حرا ليس بشرط حتى يصح
اقرار العبد وينفذ في الحال فيما لا تهمة
فيه كالحدود والقصاص وفيما فيه تهمة
لا يواخذ به في الحال لانه اقرار على الغير
وهو المولى ويواخذ به بعد العتق لزوال
المانع وهو نظير ما اذا اقر الحر لانسان
بعين مملوكة لغيره لا ينفذ للحال واذا ملكها
يوما يومر بتسليمها الى المقر له لزوال
المانع وهذا لان الاقرار اخبار وليس بانشا
والاخبار في ملك الغير صحيح فينفذ في حق
نفسه بخلاف الانشا ولهذا لو اقر بالطلاق
والعتاق مكرها لا يصح ولو كان انشا لصح
قال رحمه الله هو اخبار عن ثبوت
حق الغير على نفسه هذا في الشريعة
وقد بيناه وقيده بان يكون على نفسه
لانه لو كان على غيره لغيره يكون شهادة ولنفسه
يكون دعوى قال اذا اقر حر مكلف صح ولو
مجهولا لاخر بحق لان الاقرار حجة شرعية
ثبتت حجيته بالكتاب والسنة واجماع الامة

والمعقول

والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى وليملل
الذي عليه الحق امره بالاملال فلو لم يقبل
اقراره لما كان للاملال معنى وقد نهاه الله
تعالى ايضا عن كتمان الحق بقوله تعالى وليتق
الله ربه ولا يبخس منه شيئا فصار نظير
امره بالشهادة ونهيه عن كتمانها وقوله (باداء الشهادة ٤) (تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة اي شاهدة قال ابن عباس رضي الله تعالى عنهما فقوله ٤)
تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله
ولو على انفسكم والمراد به الاقرار واما
السنة فما روي انه عليه الصلاة والسلام
رجم ماعزا والغامدية باقرارهما واذا
وجب الحد باقراره على نفسه فالمال
اولى ان يجب واما الاجماع فلان الامة
اجمعت على ان الاقرار حجة في حق نفسه
حتى اوجبوا عليه الحدود والقصاص باقراره
وان لم يكن حجة في حق غيره لعدم ولايته
عليه فالمال اولى واما المعقول فلان العاقل
لا يقر على نفسه كاذبا بما فيه ضرر على نفسه او
ماله فترجحت جهة الصدق في حق نفسه لعدم
التهمة ولكمال الولاية بخلاف اقراره في حق
غيره حتى لو اقر مجهول النسب بالرق جاز ذلك
على نفسه وماله ولا يصدق على اولاده وامهاتهم
ومدبريه ومكاتبيه بخلاف ما اذا ثبت
ذلك بالبينة لان البينة انما تصير حجة

بالقضا وللقاضي ولاية عامة فينفذ في حق
الكل اما الاقرار فحجة بنفسه ولا يحتاج فيه
الى القضا فينفذ عليه وحده لما ذكرنا الا اذا
رده المقر له فيرتد برده ولو صدقه ثم
رده لا يصح رده ولكن اذا كان يعلم انه كاذب
في اقراره لا يحل له اخذه عن كره منه فيما
بينه وبين الله تعالى الا اذا سلمه له بطيب
من نفسه حل فيكون هبة مبتداة منه وشرط
الحرية ليصح اقراره مطلقا لان العبد المحجور
عليه يتاخر اقراره بالمال الى ما بعد العتق
وكذا الماذون له يتاخر اقراره بما ليس من
باب التجارة كاقراره بالمهر بوطي امراة
تزوجها بغير اذن مولاه وكذا اذا اقر بجناية
موجبة للمال لا يلزمه لان الاذن لم يتناول
الا التجارة فلم يكن مسلطا عليه بخلاف ما اذا
اقر بالحدود والقصاص لان العبد مبقى على
اصل الحرية في حقهما الا ترى ان اقرار المولى
لا يصح عليه فيه وشرط التكليف لان اقرار
الصبي والمعتوه والمجنون لا يصح لانعدام
اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي او المعتوه
ماذونا له فيصح اقراره بالمال لكونه من
ضرورات التجارة لانه لو لم يصح اقراره لا
يبايعه احد فلا يجد بدا منه فدخل في الاذن

كما كان طريقه التجارة كالديون والودايع
والعواري والمضاربات والغصوب فيصح
اقراره بها لالتحاقه في حقها بالبالغ العاقل
لان الاذن يدل على عقله بخلاف ما ليس
من باب التجارة كالمهر والجناية والكفالة
حيث لا يصح اقراره بها لان التجارة مبادلة
المال بالمال والمهر مبادلة مال بغير مال
والجناية ليست بمبادلة والكفالة تبرع ابتدا
فلا تدخل تحت الاذن والنائم والمغمى عليه
كالمجنون لعدم التمييز واقرار السكران
جائز مطلقا اذا كان سكره بطريق محظور
لانه لا ينافي الخطاب الا اذا اقر بما يقبل
الرجوع كالحدود الخالصة حقا لله تعالى
لان السكران لا يكاد يثبت على شي فاقيم
السكر مقامه فيما يحتمل الرجوع فلا يلزمه
شي وان سكر بطريق مباح كالشرب مكرها
لا يلزمه شي وكذا بشرب المتخذ من الحبوب
او العسل عندهما خلافا لمحمد رحمه الله وقوله
ولو مجهولا لشي وحق اي ولو كان المقر به
مجهولا بان قال علي شي او حق يلزمه لان الحق
قد يلزمه مجهولا بان يتلف مالا او يجرح جراحة
او يبقى عليه باقية حساب لا يعرف قيمته ولا ارشها
ولا قدرها وهو محتاج اليه لابراء ذمته

بالايفا او التراضي فلا يمنع صحة الاقرار
بخلاف الشهادة لانها لا تجوز الا بالعلم
قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم
يعلمون وقال عليه الصلاة والسلام اذا علمت
مثل الشمس فاشهد والا فدع ولان
الشهادة لا توجب الا بقضاء القاضي ولا يمكنه
القضا بالمجهول فيبطل اذ لا حاجة للشهود
بدون العلم لانها غير واجبة عليهم
وبخلاف الجهالة في المقر له سوا تفاحشت
الجهالة بان قال على الف درهم لواحد
من الناس او لم يتفاحش بان قال على الف
لاحد هذين لان المجهول لا يصلح مستحقا
اذ لا يمكن جبره على البيان من غير تعيين
المدعي فلا يفيد فائدته هكذا ذكر
شمس الائمة رحمه الله وذكر شيخ الاسلام
في مبسوطه والناطفي في واقعاته انها اذا
تفاحشت لا يجوز وان لم تتفاحش جاز
لان صاحب الحق لا يعدو من ذكره وفي
مثله يؤمر بالتذكر لان المقر قد ينسى صاحب
الحق ولا يجبر على البيان لانه قد يؤدي الى
ابطال الحق عن المستحق والقاضي نصب
لايصال الحق الى مستحقه لا لابطاله فصار
نظير ما اذا اعتق عبدا بعينه ثم نسيه بخلاف

جهالة المقر به لان الاجبار على البيان
لا يؤدي الى ابطال حقه وبخلاف اعتاق
احد العبدين لان المعتق لم يترك الى المجمل
فلا يؤدي الاجبار الى ابطال حقه ولان المقر
لهما اذا اتفقا على الاخذ من المقر واصطلحا
بينهما امكن دعواهما فيصح اقراره وقال
في الكافي وهو الاصح ولو كان المقر عليه مجهولا
بان قال لك على احدنا الف درهم لا يصح
لان المقضي عليه مجهول ذكره في النهاية قال
ويجبر على بيانه لانه لزمه الخروج عما وجب
عليه بالاقرار وهذا لان كثيرا من الاسباب
يتحقق مع الجهالة كالغصب والوديعة
لان الانسان يغصب ما يصادف ويودع
ما عنده من غير تحرير في قدره وجنسه
ووصفه فيحمل عليه ما لم يفسر السبب
فيصح حتى لو فسره بالبيع او الاجارة لا يصح
اقراره لان هذه العقود لا تصح مع الجهالة
فلا يجبر على البيان والاصل فيه انه متى
اقر بمجهول واطلق ولم يبين السبب يصح
ويحمل على انه وجب عليه بسبب يصح مع
الجهالة كالغصب ونحوه وان بين السبب
ينظر ان كان سببا لا تضره الجهالة فكذلك
وان كان سببا تضره الجهالة كالبيع والاجارة

لا يصح ولا يجبر الا ترى ان القاضي لو
راى انسانا يبيع شيا غير معين او يشترى
بشي من غير تقدير ثمن لا يجبره على الاتيان
تكذا اذا اقر به ولو غاب بغصب شيا
لا يعرف قدره او يودعه بامره بالتسليم
الى صاحبه نكذا اذا اقر به قال رحمه
الله **ويبين ماله قيمة** لانه اخبر عن
الواجب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب
فيها فاذا بينه فيه يكون رجوعا فلا
يقبل وذلك مثل حبة حنطة او قطرة
ماء او ما اشبه ذلك لان مثله لا يجب في الذمة
عادة ولا يجرى فيه التمانع ولو بين في
الصبى الحر او الزوجة لا يصح وقيل يصح
والاول اصح وعلى هذا الخلاف لو بينه
بجلد الميتة وكذا الواقر بغصب شي لا يصح
منه الا اذا بين بماله قيمة لان لفظ الغصب
على انه يجرى فيه التمانع وهو المتقوم ولو
قال في قوله على حق اردت به حق الاسلام
لا يصدق لانه لا يراد به ذلك عرفا وعليه
التعويل قال **والقول للمقر مع يمينه**
ان ادعى المقر له اكثر منه لانه المنكر
قال **وفي مال لم يصدق في اقل من درهم**
يعني اذا قال لفلان على مال لم يصدق

في

في اقل من درهم لان ما دونه من الكسور
لا يطلق عليها اسم المال عادة وهو المعتبر
قال **ومال عظيم نصاب** لانه اقر بمال
موصوف بالعظم فيعتبر هذا الوصف
والنصاب عظيم في الشرع حتى اعتبر صاحبه
غنيا واوجب عليه مواساة الفقرا وكذا
عرفا حتى يعد من الاغنيا عادة وعن
ابي حنيفة رحمه الله انه لا يصدق في اقل
من عشرة دراهم لانه نصاب السرقة
والمهر وهو عظيم حيث يقطع به اليد
المحترمة ويستباح به البضع المحترم
وعنه مثل جواب الكتاب وهو قوله اما
ثم يعتبر ان يبلغ نصابا يوخذ من
جنسه الزكاة من المال الذى بينه فيه
حتى اذا بينه في الابل لا يصدق في اقل من
خمس وعشرين لان ما دون ذلك قليل
حيث لا يجب فيه الزكاة من جنسه والاصح
ان قوله يبنى على حال المقر في الفقر
والغنى فان القليل عند الفقير عظيم واضعاف
ذلك عند الغنى ليس بعظيم وهو في الشرع متعارض
فان المائتين في الزكاة عظيم وفي السرقة
والمهر العشرة عظيمة فيرجع الى حاله ذكره
في النهاية وحواشي الهداية معزيا الى

الخبازي صاحب المغني
وهذه الحواشي نفيسة جدا
ومختصرة مفيدة في اربعين كراسا



المبسوط قال اموال عظام ثلاثة نصب
يعني من مال نفسه به لان اقل الجمع ثلاثة
فلا يصدق في اقل منه للتيقن به وان
عينه بغير مال الزكاة يعتبر ان يبلغ
قيمته قدر ثلاثة نصب ويعتبر الادنى
في ذلك للتيقن به وينبغي على قياس ما روي
عن ابي حنيفة ان يعتبر فيه حال المقر
كما ذكرنا قال ودراهم كثيرة عشرة
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
لا يصدق في اقل من مايتين لان صاحب
النصاب مكثر ولهذا اوجب عليه مواساة
غيره وله ان العشرة اقصى ما يذكر
بلفظ الجمع فكان هو الاكثر من حيث اللفظ
فينصرف اليه وعلى هذا الخلاف اذا قال
على دنانير كثيرة عندهما ينصرف الى النصاب
وعنده ~~وعنده~~ الى العشرة وعلى هذا اذا
قال على ثياب كثيرة او وصايف كثيرة فعنده
عشرة وعندهما يلزمه ما يساوي
مايتي درهم وان قال غصبت ابلا
كثيرة او بقرا كثيرة او حنطة كثيرة ينصرف
الى اقل نصاب يوخذ منه ما هو من جنسه
عندهما وهو خمسة وعشرون من الابل
والثلاثون من البقر والاربعون من الغنم

او غنما كثيرة صح

وخمسة

٤٥٦

وخمسة اوسق من الحنطة وعنده يرجع
الى بيان المقر ولو قال على مال نفيس
او كريم او خطير او جليل قال الناطفي
لم اجده منصوصا عليه وكان الجرجاني
رحمه الله يقول يلزمه مايتان قال
رحمه الله ودراهم ثلاثة يعني اذا قال
على دراهم يلزمه ثلاثة دراهم لانه اقل
الجمع الصحيح فصار متيقنا به والزايد
على ذلك مشكوك وروى ابن سماعة عن
ابي يوسف رحمه الله انه اذا قال له على
دراهم مضاعفة فعليه ستة
دراهم لان ادنى الجمع ثلاثة وضعفها ستة
ولو قال دراهم اضعافا مضاعفة يلزمه
ثمانية عشر درهما لان اضعافا لفظ جمع
وادناه ثلاثة فتصير تسعة ثم بالمضاعفة
تصير ثمانية عشر وكذا اذا عكس بان قال
على دراهم مضاعفة اضعافا لانها بالمضاعفة
تصير الثلاثة ستة ثم بالاضعاف
وهو جمع تصير ثمانية عشر قال ولو قال
كذا درهما درهم لانه تفسير المبهم وذكر في التتمة
والذخيرة وغيرهما يلزمه درهمان لان
كذا كناية عن العدد واقل العدد اثنان
اذ الواحد لا يعد حتى يكون معه شيء اخر

وفي شرح المختار فيلزمه عشرون وهو
القياس لان كذا يذكر للعدد عرفا واقل
عدد غير مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب
عشرون ولو ذكره بالخفض روي عن محمد
انه يلزمه ماية لانها اقل عدد يذكر
بعده الدرهم بالخفض ولو قال علي درهم
عظيم يلزمه درهم واحد لان الدرهم
معلوم القدر في نفسه فلا يزاد قدره
بقوله عظيم لانه وصف له ولو قال علي
دريهم فعليه درهم تام لان التصغير قد
يذكر على طريق الاستقلال فلا ينقص عن
الوزن والمعتبر هو الوزن المعتاد في كل زمان
ومكان وكذا في الدنانير لان التعامل يجري
على المعتاد عادة فلا يعرض عنه الا بحجة
قال [كذا كذا احد عشر] وكذا وكذا احد وعشرون ولو ثلث
بالواو يزاد ماية ولو ربع يزاد الالف لان
هذه الكلمات مبهمة فيجب حملها على نظيره من
المفسر فاقل عددين يذكران من غير حرف
عطف بينهما [اي العدد الصريح] احد عشر وبحرف عطف بينهما
احد وعشرون وثلاثة اعداد بحرفي العطف
ماية واحد وعشرون واربعة اعداد بثلاث
حروف الف وماية واحد وعشرون
واربعة اعداد بثلاث حروف الف وماية

واحد

واحد وعشرون ولو ثلث بلا واو يجب احد عشر
لانه لا نظير له فلا يزاد على الاول ولو خمس
بالواو ينبغي ان يزاد عشرة الاف ولو سدس
يزاد ماية الف ولو سبع يزاد الف الف
وعلى هذا كلما زاد عددا معطوفا بالواو
زيد عليه ما جرت العادة به الى ما لا يتناهى
ولو قال كذا كذا درهما ودينارا فعليه
احد عشر منهما بالسوية لانه ذكر عددا
مبهما واشرك فيه جنسين فيلزمه النصف
من كل واحد منهما بخلاف ما اذا كان كذا
كذا درهما وكذا كذا دينارا حيث يلزمه
من كل واحد منهما احد عشر لانه اضاف
كل واحد من العددين الى كل واحد من
المالين وعلى هذا في المفسر فانه اذا قال علي احد
عشر درهما ودينارا لزمه من كل واحد منهما
النصف ولو قال علي احد عشر درهما واحد عشر
دينارا يلزمه من كل واحد منهما احد عشر
والاصل فيه انه متى ذكر مقدارا واضافه
الى صنفين من المال يجب نصف كل واحد
منهما كما اذا اقر لرجلين ينقسم عليهما
نصفين مثاله اذا قال علي ماية مثقال
ذهب وفضة او كر حنطة وشعير يجب
عليه نصف كل واحد منهما ولو قال لفلان

عليّ عشرة دراهم ونيّف فالبيان في النيف اليه
فان فسره باقل من درهم جاز لان النيف عبارة
عن الزيادة يقال جبل منيف اذا كان زائدا
على الجبال ولو قال عليّ بضعة وعشرون
درهما لزمه ثلاثة وعشرون لان البضعة
اوتار العشرة ثلاثة وخمسة وسبعة
وتسعة فيلزمه الاقل للتيقن به قال
عليّ وقبلي اقرار بالدين لان كلمة على الوجوب
واشتقاقها من العلو وانما يعلوه اذا كان
دينا في ذمته بحيث لا يجد بُدّا من قضائه
ليخرج عنه وكلمة قبلي تنبئ عن الضمان
يقال قبل فلان عن فلان اي ضمن وسمي
الكفيل قبيلا لانه ضامن وسمي الصك الذي
هو حجة الدين قبالة لانه يحفظه كالضامن
ولو قال المقر فيهما اردت به وديعة
ووصل صدق لانهما ينبئان عن الوجوب
والحفظ واجب على المودع والمال محله
فجاز ذكر المحل وارادة الحال مجازا ولكنه خلاف
الظاهر فلا ينصرف اليه عند الاطلاق ويجوز
تفسيره به متصلا لانه يحتمله مجازا ولا
يجوز منفصلا لانه تقرر حكمه بالسكوت
فلا يجوز تغييره بعد ذلك كسائر المغيرات
من الاستثناء والشرط وفي بعض نسخ مختصر

القدوري

القدوري في قوله قبلي انه اقرار بالامانة
لان اللفظ ينتظمهما يقال ليس لي قبل فلان
دين وليس لي قبل فلان وديعة وكذا
اذا قال ليس لي قبل فلان حق يكون ابراءً
عن الدين والامانة جميعا وهذا لان
حقيقتها عبارة عن الجهة فيتناولهما والامانة
ادناهما فيحمل عليه والاول هو المذكور في
المبسوط وهو الاصح لان استعماله في
الديون اغلب قال رحمه الله عندي
او معي او في بيتي او في صندوقي او في كيسي امانة
لان هذه المواضع محل العين لا الدين
اذ الدين محله الذمة والعين يحتمل ان
يكون مضمونة وامانة والامانة ادناهما
فيحمل عليها للتيقن به وهذا لان كلمة عند
للقرب ومع للقران وما عداهما للمكان
معين فيكون من خصائص العين ولا يحتمل
الدين لاستحالة كونه في هذه الاماكن فاذا
كانت من خصائص العين تعينت الامانة
لما ذكرنا ولان هذه الكلمات في العرف
والعادة تستعمل في الامانات ومطلق الكلام
يحمل على العرف قال لو قال لي عليك الف
فقال اتزنه او انتقده او اجلني به او قد
قضيتكه او احلتك به فهو اقرار وبلا كناية

لالان انها كناية عن المذكور في الدعوى
في جميع ذلك نصا وكانه اعاد المدعى فيكون
اقرارا بها بخلاف ما اذا لم يكن فيه ضمير
الالف لانه لا دليل على انصرافه الى المذكور
فيكون كلاما مبتدا فلا يلزمه شئ وهو المراد
بقوله بلا كناية لا والاصل فيه ان الجواب
ينتظم اعادة الخطاب يعني السؤال لتقييد الكلام فكل
ما يصلح جوابا ولا يصلح ابتداء يجعل جوابا
وما يصلح للابتداء لا للبناء او يصلح لهما فانه
يجعل ابتداء لوقوع الشك في كونه جوابا
فلا يلزمه المال بالشك فان ذكرتها
الكناية يصلح جوابا لا ابتداء واذا لم يذكر
انها لا يصلح جوابا او يصلح ابتداء وجوابا فلا
يكون اقرارا بالشك هذا اذا كان الجواب
مستقلا وان كان غير مستقل كقوله نعم
يكون اقرارا مطلقا لانه غير مستقل وقد
وقد اخرجه جوابا وهو صالح له نصا وما
تقدم من الخطاب كالمعاد فيه ولو ادعى ان ابراه
منها وتصدق عليه بها ووهبه اياها
كان اقرارا لان هذه الاشيا تتلو الوجوب
فيكون اقرارا بها وكذا دعوى الاحالة بها
يكون اقرارا وكذا لو قال والله لا اقضيكها
او لا ازنها لك اليوم لانه نفي القضاء

والوزن في وقت معين وذلك لا يكون الا بعد
وجوب اصل المال عليه واما اذا لم يكن اصل
المال واجبا عليه فالنفي يكون مستقبلا ابدا
ولو قال رجل لآخر اعطني ثوب عبدي هذا
فقال نعم كان اقرارا منه بالعبد والثوب
له وكذا لو قال افتح باب داري هذه او جصص
داري هذه او اسرج دابتي هذه او اعطني
سرجها او لجامها فقال نعم كان ذلك
كله اقرارا منه لما بينا ان كلمة نعم لا
تستقل فلا بد من حمله على الجواب كيلا
يصير لغوا ولو قيل له ألفلان عليك
كذا فاومأ براسه بنعم لا يكون اقرارا لان
الاشارة من الاخرس قائمة مقام النطق
لا من غيره ذكره في الكافي قال وان اقر
بدين مؤجل وادعى المقر له انه حال
لزمه حالا لانه اقر بحق على نفسه وادعى حقا
على المقر له فاقراره حجة في حقه ولا يقبل
دعواه بغير حجة كما اذا اقر بعبد في يده
لرجل وانه استاجره منه فانه يقبل اقراره
به له ولا تسمع دعواه الا بحجة بخلاف
ما اذا اقر بالدراهم السود فصدقه المقر
له في الاصل وكذبه في الصفة حيث يلزمه
السود ولا يقبل قول المقر له لان السود نوع



من الدراهم فالقول قول المشتري النوع له
والاجل عارض لا يثبت بنفس العقد بل
بالشرط فالقول قول المنكر في العوارض وبخلاف
اقرار الكفيل بالدين المؤجل حيث يكون
القول قوله في الاجل دون المقر له لان
الاجل في الكفالة نوع حيث يثبت فيها من
غير شرط بان كفل دينا مؤجلا وقد ذكرنا
المسألة في الكفالة وخلاف ابي يوسف
والشافعي فيها قال وحلف المقر له على
الاجل لانه المنكر للاجل قال على مائة ودرهم فهي
دراهم ومائة وثوب يفسر المائة يعني
يرجع اليه في تفسير المائة وكذا مائة
وثوبان بخلاف مائة وثلاثة اثواب حيث
يكون الاثواب تفسيرا للمائة ايضا والقياس
ان يرجع في تفسير المائة اليه في قوله مائة
ودرهم كما في قوله مائة وثوب او مائة
وثوبان وهو قول الشافعي رحمه الله لانه
عطف مفسرا على مبهم في الفصلين والمعطوف
غير المعطوف عليه ولم يوضع للبيان فبقيت
المائة على ابهامها كما في عطف الثوب
عليها وجه الاستحسان ان عطف الموزون
والمكيل على عدد مبهم يكون بيانا للمبهم عادة
لان الناس استثقلوا تكرار التفسير عند كثرة

الاستعمال

الاستعمال وذلك فيما يجري فيه التعامل
وهو ما يثبت في الذمة وهو المكيل والموزون
واكتفوا بذكره مرة لكثرة اسبابه ودورانه
في الكلام بخلاف الثياب وغيرها ليس من
المقدرات لانها لا يكثر التعامل بها لعدم
ثبوتها في الذمة في جميع المعاملات فلم
يستثقلوا ذكرها لقلة دورانها في الكلام
والاكتفاء بالثاني للكثرة ولم توجد فبقي
على القياس بخلاف قوله مائة وثلاثة
اثواب حيث يكون الاثواب تفسيرا للمائة
ايضا ويستوي فيه المقدرات وغيرها
لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا
فينصرف اليهما فيكون بيانا لهما وهذا بالاجماع
لان عادتهم جرت بذلك الا ترى انهم
يقولون احد وعشرون ثوبا وثلاثة وخمسون
درهما فينصرف التفسير اليهما لاستوائهما
في الحاجة اليه وفي النهاية روى ابن سماعة
عن ابي يوسف في قوله مائة وثوب ان الكل
من الثياب وكذا في قوله مائة وشاة
ووجهه ان الثياب والغنم تقسم قسمة
واحدة بخلاف العبيد فانهم لا يقسمون
قسمة واحدة وما يقسم قسمة واحدة
يتحقق في اعدادها المجانسة فيمكن ان يجعل

المفسر منه تفسيرا للمبهم وهذا ليس
بظاهر فان عندهما تقسم العبيد كالغنم
ولا يقسمون عند ابي حنيفة رحمه الله ولو
قال لفلان علي نصفه درهم ودينار وثوب
فعليه نصف كل واحد منهما وكذا لو قال
نصف هذا العبد ونصف هذه الجارية
لان الكلام كله وقع على شيء بغير عينه
او بعينه فينصرف النصف الى الكل كانه
قال علي نصف هذا ونصف هذا الى اخره
بخلاف ما اذا كان بعضه معينا وبعضه
غير معين بان قال نصف هذا الدينار
ودرهم حيث يجب عليه نصف الدينار
ويجب الدرهم كله ولو قال عشرة دراهم
ودانق وقيراط فهو من الفضة لان الاكتفا
بالتفسير الاول شايع عندهم قال الله
تعالى ولبثوا في كهفهم ثلاث مائة
سنين وازدادوا تسعا يعني من السنين
قال ولو اقر بتمر في قوصرة لزماه يعني
التمر والقوصرة وفسر في الاصل بقوله غصب
تمرا في قوصرة ووجهه انه اقر بغصب تمر
حال كونه مظروفا ولا يتصور ذلك
بدون ظرفه فلزماه بخلاف ما اذا قال
غصبت تمرا من قوصرة لان كلمة من للانتزاع

فيكون

٤٦٢

فيكون مقرا بالمنزوع وعلى هذا الطعام
في الجوالق او في السفينة قال ودابة
في اصطبل لزمته الدابة فقط لان غير المنقول
بهمزة قطع
لا يضمن بالغصب عندهما وعلى قياس قول
محمد رحمه الله يضمنهما وعلى هذا الطعام
في البيت والاصل في جنس هذه المسايل
ان الظرف ان امكن ان يجعل ظرفا حقيقة
ينظر ان امكن نقله لزماه وان لم يمكن
نقله لزمه المظروف خاصة عندهما لان
الغصب الموجب للضمان لا يتحقق في غير
المنقول والمراد على انه لم ينقل المظروف
لا يصدق لانه اقر بغصب تام اذ هو مطلق
فيحمل على الكمال وعند محمد رحمه الله لزماه جميعا
لان غصب غير المنقول متصور عنده وان لم
يمكن ان يجعل ظرفا حقيقة لم يلزمه الا الاول
كقوله درهم في درهم ولم يلزمه الثاني لانه
لا يصلح ان يكون ظرفا له قال وخاتم
له الحلقة والفص لان الاسم يشملهما قال
وسيف له النصل والجفن والحمايل
لان اسم السيف يطلق على الكل النصل حديدة
والجفن غمده والحمايل جمع الحمالة بكسر الحا
وهي علاقته قال وحجلة له العيدان
والكسوة لان الاسم يطلق على هذه

تقاله النجة والقربة

الجملة عادة وهي المعتبرة في الباب والجملة بيت مزين بالثياب والاسرة والعيدان جمع عود كالديدان في جمع دود قال وثوب في منديل لم ماه لانه ظرف له وهو ممكن حقيقة فيحمل فيه على ما بينا علاف ما اذا قال غصبت اكافا على حمار حيث يلزمه الاكاف خاصة دون الحمار لان الحمار مذكور لبيان محل المغصوب حين اخذه وغصب الشيء من محل لا يكون مقتضيا غصب المحل كذا ذكره في النهاية معزيا الى المبسوط قال وثوب في عشرة لم ثوب وهذا عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله عليه احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة فامكن جعله ظرفا كقوله حنطة في جوالق او يحمل كلامه على التقديم والتاخير فيصير كانه قال عشرة اثواب في ثوب ولابي يوسف رحمه الله وهو قول ابي حنيفة رحمه الله اولا ان العشرة لا تكون ظرفا لثوب واحد عادة والممتنع عادة كالممتنع حقيقة اذ التعويل عليها ولان الثوب اذا لف في ثياب كان كل واحد منها مظروفا في حق ما وراءه فلا يكون ظرفا الا الثوب الذي هو ظاهره فلا يتحقق ان يكون

الكل

٤٦٤

اي الثوب البطانة

الكل ظرفا لواحد فلغا آخر كلامه وحمله على التقديم والتاخير لا يمكن لان فيه احتيالا لا يحاب المال مع الاحتمال لان في قد تكون بمعنى البين قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي بين عبادي فلا يجب بالشك وقوله النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب منقوض بما اذا قال غصبت منه كرباسا في عشرة اثواب حرير فانه يلزمه الكل عنده مع انه ممتنع عرفا قال وخمسة في خمسة يعني الضرب خمسة وقال زفر رحمه الله عليه عشرة وقال الحسن بن زياد عليه خمسة وعشرون لعرف الكتاب لانهم يريدون به ارتفاع احد العددين بقدر العدد الآخر ولزفر ان حرف في يستعمل بمعنى مع قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي معهم وهو الفاشي بين الكافة وانما يراد به ارتفاع احد العددين بقدر الآخر عند الخواص من الناس وهم الكتاب وهذا لان حقيقة في ان تكون للظرف ولا يتصور ان تكون الدراهم ظرفا للدراهم فتغير المجاز المتعارف بين الناس وبين المعظم اتصالا من حيث ان كل واحد منهما للجمع تحت الاستعارة

قلنا لما تعذرت الحقيقة وهي الظرفية
لغةً ولا يصار الى المجاز لان المجاز متعارض
لانها تستعمل بمعنى الواو ولاتصال بينهما
من حيث ان كل واحد للجمع وبمعنى مع على
ما بيّنا وبمعنى على قال الله تعالى حكاية
عن فرعون ولأُصلبنكم في جذوع النخل
اي على جذوع النخل واذا كانت بمعنى على
لا يقتضي وجوب الثاني على ما بينا من قبل
وليس حملها على البعض اولى من البعض
فلغت لما ذكرنا ان الظرفية اذا تعذرت
تلغو فصار كما اذا قال علىّ درهم في درهم
اذ لا فرق بينه وبين قوله علىّ خمسة
دراهم في خمسة دراهم لان الموجب للالغاء
فيه هو تعذر الظرفية وهما فيه سواء وما
ذكر الحسن لا يستقيم في الموزون وانما ذلك
في الممسوح على ان الارتفاع الذي ذكره
يراد به تكثير الاجزاء لا تكثير الاعداد
صحيحة وتكثير الاجزاء لا يوجب تكثير
العدد وهو المتعارف عند الحُسّاب
قال وعشرة ان عنى مع اي يلزمه
عشرة اذا اراد به معنى مع لان اللفظ وهو
حرف في محتمله مجازا على ما بينا فاذا
نوى محتمل كلامه صحت نيته لا سيما

اذا

اذا كان فيه تشديد على نفسه على ما عرف
في موضعه قال له علىّ من درهم الى عشرة
او ما بين درهم الى عشرة له تسعة وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يلزمه
العشرة كلها وقال زفر رحمه الله يلزمه
ثمانية وهو القياس لانه جعل الدرهم
الاول والاخير حدا والحد لا يدخل
في المحدود فلا يدخل الغايتان فصار
كما اذا قال لفلان من هذا الحائط الى
هذا الحائط فان الحائطين لا يدخلان في
الاقرار فكذا هذا ولابي يوسف ومحمد
رحمهما الله ان الغاية لا بد ان تكون موجودة
اذ المعدوم لا يصلح ان يكون حدا والموجود
وجوده بوجوبه فتدخل الغايتان بخلاف
ما ذكر من المحسوس لان هذا هو الاصل
كما قال زفر لكن هنا لا بد من ادخال الغاية
الاولى لان الدرهم الثاني والثالث لا يتحقق
بدون الاول اذ لا يعقل ثان بدون
الاول فدخلت الغاية الاولى ضرورة
ولا ضرورة في ادخال الثانية فاخذنا
فيها بالقياس فلا تدخل ولان العدد
يقتضي ابتداء فاذا اخرجنا الاول من ان
يكون ابتداء صار الثاني هو الابتداء

او ما بين هذين الحائطين صح

لانه موجود فيصلح حدا فلا يدخل
وله ان الغاية لا تدخل في المغيا
لان الحد غير المحدود صح

فيخرج هو ايضا من ان يكون ابتدا كالاول
وكذا الثالث والرابع الى اخره فيودى
الى خروج الكل من ان يكون واجبا فكان
باطلا ولو قال على لفلان كر حنطة الى كر
شعير فعليه عند ابى حنيفة رحمه الله كر حنطة
وكر شعير الا قفيزا لان القفيز الاخير من
الشعير هو الغاية الثانية وعندهما
يلزمه الكران ولو قال له عشرة دراهم
الى عشرة دنانير فعند ابى حنيفة رحمه
الله يلزمه الدراهم وتسعة دنانير
وعندهما يلزمه عشرة دنانير ذكر المسالتين
دراهم وعشرة
في النهاية قال له من داري ما بين
هذا الحايط الى هذا الحايط له ما بينهما
فقط لما ذكرنا ان الغاية لا تدخل في المغيا
قال رحمه الله وصح الاقرار بالحمل
وللحمل ان بين سببا صالحا والا فلا
وقوله ان بين سببا يتعلق بالاقرار للحمل
لان الاقرار للحمل هو الذي يشترط فيه
ببيان السبب الصالح لانه ان بين فيه
سببا صالحا بان قال مات ابوه فورثه او
اوصى له به فلان يجوز والا فلا هذا عند ابى يوسف
صوابه الاقرار له
وعند محمد رحمه الله تجوز الوصية له وان لم يبين
السبب واما الاقرار بالحمل فجايز بالاجماع

هو لان من جمع قيد فقط

~~وان لم يبين السبب واما الاقرار بالحمل فجايز~~
~~بالاجماع~~ لمحمد رحمه الله في الخلافية ان الاقرار
حجة موجبة فيجب اعماله ما امكن وقد
امكن حمله على السبب الصالح لانه يمكن انه
ورثه او اوصى له به فلا يصار الى الابطال
مع الامكان فصار كاقرار العبد الماذون
له او الصبي الماذون له في التجارة فانه
يجوز لامكان الجواز وان احتمل الفساد
بان اقر بمال ليس من التجارة ولهذا اجاز
اقراره بالحمل مع احتمال الفساد ولابي يوسف
رحمه الله ان لجوازه طريقين الارث والوصية
وليس احدهما باولى من الاخر فيبطل كمن
اشترى عبدا بالف بشرط عمه وعبدا اخر
معه من البايع بالف وخمسماية فانه يبطل
في العبد المشترى وان امكن جوازه بان
يجعل الالف او اكثر حصة المشترى والباقي
حصة الاخر بخلاف اقرار الماذون
له في التجارة لان لصحته جهة واحدة
وهي التجارة وبخلاف الاقرار بالحمل لان
لصحته جهة واحدة وهي الوصية على ما
قالوا لان الحمل وحده لا يملك الا بالوصية
فتعينت سببا ولان مطلق الاقرار ينصرف
الى الاقرار بسبب التجارة وبهذا يجوز اقرار

صبي
العبد المأذون له وينفذ اقرار احد المتفاو
على شريكه ولولا ذلك لما جاز ولا نفذ
دضا ركه اذا صرح به ولا يتصور البيع من
الجنين ولا يلي عليه احد فيبطله وحاصله
ان للمسألة ثلاث صورا اما ان يبهم الاقرار
فهو على الخلاف واما ان يبين سببا صالحا
فيجوز بالاجماع واما ان يبين سببا غير
صالح فلا يجوز بالاجماع ولا يقال ظاهر
اقراره يقتضي الوجوب فكيف يقدر على
ابطاله ببيان سبب غير صالح والابطال
رجوع عن الاقرار وهو لا يملك الرجوع
لانا نقول ليس برجوع وانما هو بيان
سبب محتمل لانه يحتمل ان احدا من ابائه
لا يجه عنه فيحسب ان ذلك صحيح فيقر به
ويضيفه الى الجنين ايضا كما اذا قال
بني فلان دارا وان كان الباني غيره وهم
الاجرآء ثم اذا صح الاقرار للحمل انما يصح اذا
جاءت به في مدة يعلم انه كان موجودا
وقت الاقرار او يحتمل ذلك بان تضعه
لاقل من ستة اشهر اذا كانت ذات زوج
او لاقل من سنتين من وقت الفراق اذا كانت
معتدة ثم ان ولدته حيا كان له ما اقر
به وان ولدته ميتا رد الى ورثة الموصي

او

او ورثة ابيه وان ولدت ولدين فان
كانا ذكرين او انثيين فهو بينهما نصفان
وان كان احدهما ذكرا والاخر انثى
فكذلك في الوصية وفي الارث للذكر مثل
حظ الانثيين وقد ذكرنا ان الاقرار
بالحمل جايز بالاجماع وان ابهم ولم
يبين السبب وذكرنا الفرق لابي يوسف
رحمه الله بينه وبين الاقرار له ثم ان كان
المقر به حمل جارية فانما يستحقه المقر
له اذا علم وجوده وقت الاقرار او احتمل
ذلك على الوجه الذي بينا وان كان
حمل بهائم يقدر بادنى مدة يتصور ذلك
عند اهل الخبرة على ما جرت به عاداتهم
قال وان اقر بشرط الخيار لزمه المال
وبطل الشرط معناه انه اذا قال لفلان
الف درهم قرض او غصب او وديعة
او عارية قائمة او مستهلكة على انه
بالخيار ثلاثة ايام والما لزمه لان
الاقرار يتغير به صفة العقد ويتخير
من له الخيار بين فسخه وامضائه
والخبر لا يتصور فيه ذلك لانه ان كان
صادقا فهو صدق اختار او لم يختر وان
كان كاذبا لم يتغير باختياره ولا بعدمه

ضر هو والا يقتضي ان يقول نصفين على كونه حالا
وبينها حال على تقدير الاقرار الادر

حجة ملزمة على ما بينا من قبل
وهو اخبار عن الكائن وليس
بانشاء والاخبار لا يقبل الخيار
لان الخيار ح

اختياره فتعين الالغا ولان الخيار لمعنى التعليق بالشرط والخبر لا يحتمل التعليق بالشرط لعدم حكمه وهو الايدام واما اذا قال على الف درهم من ثمن مبيع بعته على اني بالخيار صح ويثبت الخيار اذا صدقه المقر له او اقام على ذلك بينة لان المقر به عقد يقبل الخيار فيصح اذا ثبت بحجة وان كذبه المقر له لان الكفالة عقد يصح اشتراط الخيار فيه لان الكفالة عقد يصح فيه خيار الشرط بخلاف الصور المتقدمة لانها افعال لا تقبل الخيار فكذا الاقرار بها والله اعلم بالصواب

باب الاستثنا وما في معناه

الاستثنا تكلم بالباقي بعد الثنيا عندنا واخراج بعد الدخول عند الشافعي رحمه الله بطريق المعارضة وهذا مشكل فان الاستثنا جايز في الطلاق والعتاق ولو كان اخراجا لما صح لانهما لا يحتملان الرجوع والرفع بعد الوقوع وتظهر ثمرة الخلاف فيما اذا قال لفلان على الف درهم الا مائة او خمسين فعندنا يلزمه تسعمائة لانه لما كان تكلما بالباقي وكان ما نقا من الدخول شككنا في المتكلم به والاصل فراغ الذمم

فلا يلزمه الزايد بالشك وصار نظيرما لو قال على تسعمائة او تسعمائة وخمسون فانه يلزمه الاقل وعنده لما دخل الالف كله صار الشك في المخرج فيخرج الاقل وهو خمسون والباقي على حاله **قال** صح استثنا بعض ما اقر به متصلا ولزمه الباقي لما ذكرنا انه تكلم بالباقي بعد الثنيا وصار كانه قال تسعمائة فيلزمه كانه تكلم بالباقي ابتدا ثم الطلاق لفظة البعض في الكتاب من غير تقدير ينبي دليل على ان الاكثر جايز وهو المذهب وقال الفرا رحمه الله لا يجوز لان العرب لم تتكلم به قلنا تكلمت به العرب وهو موجود في القران قال الله تعالى لَأُغْوِيَنَّهُمْ اجمعين الا عبادك منهم المخلصين ثم قال ان عبادي ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين فاستثنى المخلصين تارة والغاوين اخرى فايهما كان اكثر لزمه وقال الشاعر ادوا التي نقصت تسعين من مائة ثم ابعثوا حكما بالعدل حكام استثنى تسعين من مائة وان لم يكن بالذات لانه في معناه وقال صاحب النهاية ولا فرق بين استثنا الاقل والاكثر وان لم تتكلم به العرب وهو صحيح ثم لا فرق بين ان يكون الاستثنا مما لا ينقسم او مما ينقسم حتى اذا قال هذا

ولا يمنع صحته اذا كان موافقا لطريقهم كاستثناء الكسور ولم تتكلم به العرب صح

العبد لفلان الا ثلثه او قال الا ثلثيه صح
قال لا استثنا الكل اى لا يصح استثنا
الكل لان الاستثنا تكلم بالحاصل بعده
ولم يبق شي ليصير متكلما به فيكون رجوعا
فلا يصح وهذا اذا كان الاستثنا بلفظ المستثنى
منه مثل ان يقول على عشرة الا عشرة فهو
باطل او يقول هولا احرار الا هولا واما
اذا كان بخلاف لفظه يجوز وان اتى على
الكل وذلك مثل ان يقول عبيدي احرار
الا هولا او يقول نساى طوالق الا هولا
او يقول عبيدى احرار الا مباركا وسالما
وبزيغا او يقول نساى طوالق الا زينب
وعمرة وفاطمة وليس له عبيد ولا نسا غير
المستثنى مع الاستثنا فلا يعتق احد منهم
ولا تطلق واحدة منهن لانه اذا اختلف اللفظ
يتوهم بقا شي من المستثنى منه اذ اللفظ صالح
له وذلك يكفي لصحة الاستثنا ولا يشترط
حقيقة البقا لان الاستثنا يتبع صحة
الكلام لفظا لا تحقق ما دخل تحته الا ترى
انه لو قال لامراته انت طالق الفا الا
تسعماية وتسعة وتسعين يصح حتى لا يقع
عليها الا واحدة ولو كان يتبع صحة الحكم
لوقع الثلاث كما اذا قال انت طالق ثلاثا

الا الفا وعلى هذا لو قال اوصيت بثلث
مالى الا ثلث مالى لا يصح الاستثنا ويأخذ
الموصى له ثلث ماله ولو قال اوصيت له
بثلث مالى الا الفا وثلث ماله الف لا يصح
الاستثنا ولا يستحق الموصى له شيا لما ذكرنا
انه يتبع صحة اللفظ لانه تصرف لفظى
فينبنى على صحة اللفظ لا على صحة الحكم
بخلاف ما اذا قال الاستثنا بعين ذلك
اللفظ لانه لا يصلح لاخراج بعض ما تناوله
اللفظ ولا للتكلم بالحاصل بعد الثنيا فلم
يصح اللفظ ولا الاستثنا قال وصح استثنا
الكيلي والوزني من الدراهم لا غيرهما حتى
اذا قال على الف درهم الا قفيز حنطة او الا
دينارا صح وكذا لو قال على ماية دينار
الا قفيز شعير او الا عشرة دراهم صح وهذا
عند ابى حنيفة رضى الله تعالى عنه وابى
يوسف رضى الله عنه وقال محمد وزفر
رحمهما الله لا يصح ولو قال على ماية درهم
الا ثوبا لا يصح باتفاق اصحابنا وقال
الشافعى رحمه الله يصح فيهما يعنى فى المثلى
وغيره لان حكم الاستثنا امتناع ثبوت
الحكم فى المستثنى لقيام الدليل المعارض
عنده بمنزلة دليل الخصوص من العموم

فاذا قال على عشرة الا خمسة بخمير كانه قال
الا خمسة فانها ليست على فاذا كان بطريق
المعارضة يجب العمل بالدليل المعارض بقدر
الامكان فاذا كان المعارض من جنسه
يجب اخراج قدره وان كان من خلاف جنسه
يجب اخراج قيمته عملا بالدليل المعارض
بقدر الامكان ولمحمد وزفر ان الاستثنا
اخراج بعض ما تناوله صدر الكلام على
معنى انه لولا الاستثنا لكان داخلا تحت
اللفظ وهذا لا يتصور في خلاف الجنس لعدم
دخوله تحت اللفظ ولابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله ان القياس ما قاله محمد وزفر
رحمهما الله لما بينا الا انهما استحسنا في
المقدرات وهي المكيل والموزون لانها
جنس واحد في المعنى من حيث انها تثبت
في الذمة حالا ومؤجلا ويجوز استقراضها
وان اختلفت صورتها فاذا كانت في المعنى
جنسا واحدا جاز استثناؤها باعتبار
المعنى لان الاستثنا استخراج بطريق المعنى
على ان يصير الكلام به عبارة عما وراء المستثنى
وما ذكره الشافعي لا معنى له لان المعارضة
لا تثبت عند اختلاف المحل لان انتفا احدهما
لا ينافي ثبوت الاخر فلا يتنافيان ولان

العبد

العبد لا يقدر ان ينفي ما عليه من الواجب
بطريق المعارضة فانه اذا اقر به لزمه
ولا يتصور ان ينفي بعد ذلك بانكاره ولو
كان بطريق المعارضة كما ذكره لاستوى
فيه البعض والكل كالنسخ وكذا كان يستوي لان المعارض لا يشترط مع
فيه الاتصال والانفصال ان يكون مقارنا
وانما ذلك في المغير ولان الاقرار خبر ولو
كان بطريق المعارضة لكان احدهما كذبا
وذلك لا يجوز لانه موجود في القران قال
الله تعالى فلبث فيهم الف سنة الا خمسين
عاما ولو كان هذا اخبارا عن لبثه فيهم
الف سنة ثم اخبر انه لم يلبث فيهم خمسين
عاما منها لكان كذبا تعالى الله عن ذلك
علوا كبيرا وانما هو اسم للباقي بعد الثنيا اي بعد المستثنى
كانه قال فلبث فيهم تسعمائة وخمسين
عاما ولانك اذا قلت على عشرة الا خمسة
فذلك اسم للخمسة كانك قلت على خمسة
لا انك اقررت بعشرة ثم اسقطت الخمسة
بعد ذلك بكلام معارض والمعدود الذي
لا يتفاوت احاده كالفلوس مثل المكيل
والموزون حتى يجوز استثناؤه من الدراهم
والدنانير قال **ولو وصل اقراره بان شا**
الله بطل اقراره لانه ابطال او تعليق

على ما بينا في الطلاق فان كان الاول فهو
باطل وهو ظاهر وان كان الثاني فكذلك لان
الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط حتى اذا قال
لفلان علي الف درهم ان شاء فلان كان
الاقرار باطلا وان شاء فلان لانه علقه بشرط
في وجوده خطر والاقرار لا يحتمله لان
التعليق يمين والاقرار لا يحلف به ولانه
اخبار متردد بين الصدق والكذب فان
كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط
وان كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط
فلا يليق به اصلا وانما التعليق فيما هو ايجاب
ليتبين بالتعليق انه ليس بايقاع ما لم
يوجد الشرط وكذلك كل اقرار علق بالشرط
نحو قوله ان دخلت الدار او امطرت السماء
او هبت الريح او ان قضى الله تعالى او اراده
او رضيه او احبه او قدره او يسره
او ان بشرت بذلك فهذا كله وما شاكله
يبطل الاقرار اذا كان موصولا للمعنى الذي
ذكرنا ولو قال اشهدوا ان له علي الف
درهم ان مت فهو عليه ان مات او عاش فان
هذا ليس بتعليق فان موته كائن لا محالة
ومراده ان يشهدهم على المال المقر به حتى
لا يبقى ذمته مرتهنة ليشهدوا بعد موته

اذا جحدت

اذا جحدت الورثة فيكون راجعا الى التأكيد
الاقرار فتلزمه المال عاش او مات وكذا لو
قال علي الف اذا جاء راس الشهر او اذا افطر
الناس او الى الفطر او الى الاضحى لان هذا
ليس بتعليق وانما هو دعوى الاجل الى
الوقت المذكور فيكون اقراره مقبولا
ودعواه الاجل لا تقبل الا بحجة هكذا ذكره
في النهاية وذكر في المحيط في باب تعليق الاقرار
بالشرط هذه المسألة فقال اصله ان
تعليق الاقرار بالشرط باطل والمال غير
لازم لان الاقرار اخبار عن كائن سابق
والكائن لا يتعلق بالشرط وانما يتعلق بالشرط
غير الكائن ليصير كائنا عند وجود الشرط
ولانه اخبار متردد بين الصدق والكذب
فان كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط
وان كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط
فلا فائدة في تعليقه بالشرط فلغى تعليق
الاقرار بالشرط الا اذا كان الشرط سبب الحلول
الاجل والموت ومجيء الغد فيصح تعليقه بذلك
الشرط لانه يراد به الاخبار عن محل الاجل
هكذا ذكره في مسائل المبسوط وذكر في النهاية
في اوائل هذه المسألة معزيا الى المبسوط فقال
فقال لو قال غصبت منك هذا العبد امس ان شا

وفي كثير النسخ والمال لازم بلفظ غير
والظاهر ان نسخة المحيط التي وقعت للزيلعي محرفة
بدليل قوله فيما بعد الا اذا كان الشرط
الخ ومراد الزيلعي من ذكر ما في المحيط
اثبات المخالفة بين ما في النهاية وبين
ما في المحيط والمخالفة لا تكون الا بنسخة
لازم بلا غير ولم يتفطن تحريف النسخة
لان الاستثناء فيما بعد يقتضي ان يكون نسخة
غير لازم بلفظ غير فحينئذ لا تخالف بين ما في النهاية
وما في المحيط فلا وجه لايراده لاثبات
التخالف بينهما [illegible]

الله تعالى لم يلزمه شي استحسانا والقياس
ان استثناه باطل لان ذكر الاستثنا بمنزلة
ذكر الشرط وذلك انما يصح في الانشاات دون
الاخبارات ولكنه استحسن فقال الاستثنا
مخرج للكلام من ان يكون عزيمة لا ان يكون
في معنى الشرط الا ترى ان موسى عليه السلام
لم يعاتبه على ترك الصبر ولو لم يخرج لعوتب
لان الوعد من الانبيا عليهم الصلاة والسلام
كالعهد من غيرهم والاقرار لا يكون الا بكلام
هو عزيمة وهذا اليسير الى ما قال في المحيط وشرط
في المختصر ان يكون موصولا لانه لو كان مفصولا
لا يعتبر خلافا لابن عباس هو استدل بما
روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال
والله لاغزون قريشا ثم قال بعد سنة
ان شاء الله قلنا هو مغير والمغير لا يصح
الا متصلا كالشرط واستثنا النبي عليه
الصلاة والسلام كان لامتثال امر الله تعالى
بقدر الامكان لا لمنع الانعقاد وقد ذكرنا
في كتاب الطلاق ان هذا الاستثنا تعليق
بشرط لا يعلم وجوده او ابطال وذكرنا الخلاف
فيه بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فلا نعيده
قال ولو استثنى البنا من الدار فهما
للمقر له لان البنا داخل في الاقرار تبعا لا مقصودا

فصار

فصار ورودا لاستثنا تصرف لفظي فلا يصح
الا من الملفوظ وكون البنا وصفا لا يسقط
استحقاقه قبل القبض شي من الثمن وانما
يثبت للمشتري الخيار كفوات سائر
الاوصاف بخلاف ما اذا قال الا ثلثها والا ثلثا
منها لان اجزا الدار داخلة تحت لفظ الدار
فيصح استثناؤها ولهذا لو استحق هذا
الجزء وفات قبل القبض سقط بحصته
من الثمن والطوق في الجارية والفص في الخاتم
والنخلة في البستان نظير البنا في الدار
قال بناؤها لي والعرصة لفلان
فهو كما قال لان العرصة عبارة عن البقعة
دون البنا فصار كانه قال بياض هذه الارض
دون البنا لفلان بخلاف ما اذا قال مكان
العرصة الارض بان قال بناء هذه الدار
لي وارضها لفلان حيث يكون له البنا ايضا
لان الارض كالدار فيتبعها البنا بخلاف
ما اذا قال بناء هذه الدار لزيد والارض لعمرو حيث
يكون لكل واحد منهما ما اقر له به لانه لما اقر
بالبنا لزيد صار ملكا له فاذا اقر بالارض
لغيره يتبعها لان اقراره مقبول في حق نفسه
ولو قال ارض هذه الدار لفلان وبناؤها لي
او لفلان كان الكل للاول لانه لما اقر بالارض

فلا يخرج عن ملكه باقراره لعمرو بالارض اذ لا يصدق قوله في حق غيره بخلاف المسئلة الاولى لان البنا مملوك له
صح

له ملك البنا نبقا فلا يقبل قوله بعد ذلك
انه لغيره ولو قال هاهذه الدار لفلان وارضها
لفلان فلكل واحد منهما ما اقر به لتمام
ملكه عند الاقرار لهما فينفذ وتخريج جنس
هذه المسائل مبني على ان دعواه لنفسه
لا يمنع صحة الاقرار به لغيره وان اقراره لا يقبل
في حق غيره قال ولو قال على الف من ثمن
عبد لم اقبضه فان عين الالف وسلمه اليه
لزمه الالف والا فلا اي ان عين المقر العبد
وسلمه المقر له الى المقر لزم المشتري الثمن
بهذا القيد لانه اقر له بالف على صفة
فيلزمه على الصفة التي اقر بها وهذه المسألة
على وجوه احدها ما ذكرنا وهو ما اذا صدقه
وسلمه اليه وحكمه ما ذكرنا لان ما ثبت
بتصادقهما يكون كالثابت عيانا والثاني
ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه
وانما بعتك عبدا اخر وسلمته اليك والحكم
فيه كالاول لانهما اتفقا على ما اقر به من
ان كل واحد منهما يستحق ما اقر به غير انهما
اختلفا في سبب الاستحقاق ولا يبالي باختلافهما
ولا باختلاف السبب عند حصول المقصود
واتحاد الحكم فصار كما اذا اقر له بغصب
الف درهم فقال المقر له هي قرض فانه

يوهم

٤٧٢

يوهم بالدفع اليه لاتفاقهما على الاستحقاق
والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتكه
وحكمه ان لا يلزم المقر شي لما ذكرنا انه اقر
له على صفة وهي سلامة العبد فلا يلزمه
بدونها والرابع ان يقول المقر له لم ابعك
هذا العبد وانما بعتك عبدا اخر فحكمه ان
يتحالفا لانهما اختلفا في المبيع وهو يوجب
التحالف قال وان لم يعين لزمه الالف
كقوله من ثمن خمر او خنزير اي ان لم يعين
المقر العبد لزمه الالف كما اذا اقر بالف
من ثمن خمر فانه يلزمه الالف ولم يقبل قوله
انه لم يقبض المبيع ولا تفسيره بثمن الخمر
وصل ام فصل وهذا عند ابي حنيفة رحمه
الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
ان وصل صدق في المسألتين فلا يلزمه شي
وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان
يكون ذلك من ثمن عبد او خمر لانه اقر له
بالمال وبين سببه وهو غير صالح لان
ثمن عبد مجهول لا يجب سوا كانت الجهالة
عند العقد او بعده بالاختلاط بامثاله
لانه يفسد به العقد او يهلك به المبيع
قبل القبض فلا يجب به الثمن وكذا ثمن الخمر
لا يجب وصدر كلامه يقتضي الوجوب

فصار بيانا مغيرا كالاستثناء والشرط والمغير
يصح موصولا لا مفصولا ولابي حنيفة رحمه
الله ان صدر كلامه لما كان للوجوب فاتيانه
في اخره بما ينافي الوجوب رجوع عنه فلا
يصح موصولا كان او مفصولا ولان المقر
لو ادعى تاخير الثمن الى شهر لا يقبل اقراره
في التاجيل ويجب عليه حالا فكذا اضافة
البيع الى المجهول وانه يودي الى التاخير ابدا
كان اولى بيانه ان الثمن لا يجب تسليمه
الا بعد احضار البايع المبيع فلو احضر البايع
عينا ليسلمه اليه فللمشتري ان يقول
المبيع غير هذا وكذا في الثاني والثالث الى
ما لا يتناهى فلا يصل البايع الى قبض الثمن
ابدا فكان باطلا بخلاف ما اذا كان المبيع
معينا لانه لا يتاتى فيه ذلك فلا يودي
الى البطلان فيلزمه على الوجه الذي اقر به
على ما بينا هذا اذا كذبه المقر له وان
صدقه في السبب بان قال بعتكه فكذلك
عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لزمه الثمن
بالاقرار فلا يسقط عنه الا اذا اقر المقر
له ان المقر لم يقبض المبيع وعندهما القول
قول المقر انه لم يقبض المبيع فصل او وصل
لان البيع لما ثبت بتصادقهما بقي امر القبض

مجملا

مجملا لانه لم يقر بقبض المبيع نصا ولا اقتضاء
لان الاقرار بوجوب الثمن لا يكون اقرارا
بقبض المبيع اذ هو واجب بالعقد فصار
كما اذا عين المبيع بخلاف ما اذا لم يصدقه
في السبب حيث لا يصح مفصولا لانه تغيير
على ما بينا فلا يصح مفصولا وهنا لا تغيير
فيه لتصادقهما في السبب فصار من باب
المجملات فيصح بيانه مفصولا وموصولا
ولو قال اني اشتريت منه مبيعا الا اني لم
اقبضه كان القول قوله بالاجماع لانه
لم يقر بوجوب الثمن عليه وانما اقر بوجود
الشرا منه وبمجرد العقد لا يجب الثمن
لانه اذا اشتراه بشرط الخيار لا يجب عليه
الثمن وانما يجب بالقبض فلا يكون الاقرار
بالعقد اقرارا بالقبض فلا يجب بخلاف ما تقدم
عند ابي حنيفة رحمه الله مطلقا وعندهما
اذا فصل البيان لانه قد اقر هناك بالوجوب
فلا يسقط باخر كلامه على اختلافهم على ما بينا
ولو قال لفلان علي الف درهم حرام او ربا
فهي لازمة له لاحتمال ان يكون هذا حلالا
عند غيره ولو قال لفلان علي الف درهم
~~حراما او ربا فهي لازمة له لاحتمال ان يكون~~
~~هذا حلالا عند غيره ولو قال لفلان~~

على الف درهم حرام او ربا فهي لازمة لاحتمال
ان يكون حراما عند غيره ولو قال
لفلان على الف درهم زورا او باطلا ان صدقه
المقر له فلا شيء عليه وان كذبه لزمه ولو
اقر انه باع عبده هذا من فلان وادعى
انه لم يقبض الثمن وحبسه كان له ذلك
لان العبد في يده فالظاهر انه ملكه
فاذا اقر به لغيره نفذ على الوجه الذي
اقر به وكان القول له اذا انكر المقر له
فلا شيء عليه وان كذبه لزمه ولو اقر انه باع
عبده هذا من فلان وادعى انه لم يقبض
الثمن وحبسه كان له ذلك لان العبد
في يده فالظاهر انه ملكه فاذا اقر به لغيره
نفذ على الوجه الذي اقر به وكان القول
له اذا انكر المقر له قال ولو قال من
ثمن متاع او اقرضني وهي زيوف او نبهرجة
لزمه الجياد بخلاف الغصب والوديعة وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان وصل
صدق وان فصل لا يصدق وقال في الهداية
وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة او رصاص
وذكر في النهاية لابي يوسف فيهما روايتين
وعزاه الى الجامع الصغير لنا سيخالف لهما انه
تفسير مغير فيصح بشرط الوصل وهذا

لان

لان اسم الدراهم يتناول الجياد والزيوف
بحقيقته حتى لو تجوز بالزيوف في الصرف والسلم
جاز والستوقة بمجازه الا ان مطلقه ينصرف
الى الجياد لان التعامل يقع بها والاذهان
تسبق اليها فكان مغيرا للاصل بهذا
الوجه فيصح بشرط الوصل كما اذا قال الا
انها وزن خمسة ونقد البلد وزن سبعة
ولابي حنيفة رحمه الله ان هذه الاشياء
عيب والعقد يقتضي السلامة عنه فدعواه
رجوع عن مقتضى ما اقر به فلا يصح فصار
كما اذا قال بعتك معيبا وقال المشتري
لا بل سليما فالقول له لما ذكرنا والستوقة
والرصاص ليسا من الاثمان والبيع يرد على
الثمن فكان رجوعا بخلاف قوله الا انها
وزن خمسة لانه استثنى القدر فصار مغيرا
فيصح بشرط الوصل وبخلاف ما اذا قال
على كر حنطة من ثمن دار اشتريتها منه
الا انها ردية حيث يقبل موصولا ومفصولا
لان الرداءة نوع لا عيب فمقتضى العقد
لا يقتضي السلامة عنها بخلاف الجودة
لان العقد يقتضيها ولا يصح استثناؤها
على ما بينا في استثناء البناء بخلاف ما اذا اقر
بغصب الف درهم او بالوديعة حيث

يقبل قوله في هذه الاشيا لان الغصب
لا يقتضي السلامة لان الانسان يغصب
ما يصادف ويودع ما عنده فلا يقتضي
السلامة فيها بخلاف الجودة لان العقد
يقتضيها ولا يصح استثنا رصه على ما بينا
في استثنا الجا بخلاف ما اذا اقر بغصب
الف درهم او بالوديعة حيث يقبل قوله
في هذه الاشيا لان الغصب لا يقتضي
السلامة لان الانسان فيقبل قوله
الا انه في الزيوف والبهرجة يقبل قوله
مطلقا مفصولا او موصولا لانهما نوع من الدراهم
وفيه يقبل مفصولا او لان الاختلاف اذا وقع
في المقبوض كان القول قول القابض ضمينا كان
او امينا وفي الستوقة لا يصدق الا موصولا
لانها ليست من جنس الدراهم وانما يتناولها
الاسم مجازا فكان من باب التغيير فلا يصح
مفصولا وعن ابي حنيفة في غير رواية الاصول
في القرض انه يصدق في الزيوف ان وصل لان
القرض يتم بالقبض فاشبه ما يجب بالبيع
وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا قال غصبت
الفا ثم قال هي زيوف لم يصدق اذا فصل كما
في القرض لان كلا منهما مضمون عليه بالقبض
ولو قال لفلان علي الف درهم زيوف ولم يذكر

الغصب والوديعة والاظهر هو الاول لا يتمكن غاصب منتقض صح

السبب

السبب قيل يصدق اجماعا اذا وصل لانه لم
يصرح بالعقد واستحقاق الجودة به وقيل هو
على الخلاف قال ولو قال الا انه ينقص
كذا متصلا صدق وان فصل لا لانه استثنا القدر
فيكون تغييرا فيصدق موصولا لا مفصولا
على ما بينا غير مرة ولو كان الانقطاع بسبب
انقطاع النفس او بسبب دفع السعال فعن
ابي يوسف انه يصح اذا وصله به وعليه
الفتوى لان الانسان يحتاج ان يتكلم بكلام
كثير ويذكر الاستثنا في اخره ولا يمكنه ان يتكلم
بجميع ذلك بنفس واحد فلو لم يجعل هذا عذرا
يكون عليهم حرج قال ومن اقر بغصب
ثوب وجا بمعيب صدق لان الغصب لا
يختص بالسليم كالوديعة على ما بيناه
قال وان قال اخذت منك الفا وديعة
فهلكت وقال اخذتها غصبا فهو ضامن
لانه اقر بسبب الضمان وهو الاخذ لان
اخذ مال الغير سبب لوجوب الضمان لقوله
عليه الصلاة والسلام على اليد ما اخذت
حتى ترد ثم ادعى ما يوجب البراة وهو
الاذن بالاخذ والاخر ينكره فكان القول
قوله مع يمينه ووجب الضمان على المقر
باقراره بسبب الضمان الا ان ينكل الخصم

على الخلاف لان مطلق الوجوب يحمل على انه
وجب عليه بسبب موضوع له وهو
التجارة فيكون صح

وعليه الفتوى صح

عن اليمين وهذا بخلاف ما اذا قال له بل اخذتها
غصبا حيث يكون القول قول المقر لانهما تصادقا
على ان الاخذ حصل باذنه والاخذ باذن
المالك لا يكون سببا لوجوب الضمان على الآخذ
الا باعتبار عقد الضمان فالمالك يدعي عليه
العقد وذاك ينكر فكان القول قول المنكر
وعلى هذا اذا اقر باخذ الثوب وديعة
وقال المقر له بل اخذته بيعا كان القول
قول المقر لما ذكرنا قال ولو قال اعطيتنيها
وديعة وقال غصبتنيها لا اي لو قال المقر
اعطيتني الف درهم وديعة فهلكت وقال
المالك لا بل غصبتنيها لم يضمن المقر لانه
لم يقر بسبب الضمان بل اقر بالاعطاء وهو
فعل المقر له فلا يكون مقرا على نفسه بسبب
الضمان والمقر له يدعي عليه سبب الضمان
وهو ينكر فكان القول قول المنكر والاقرار
بالقبض كالاقرار بالاخذ فيوجب الضمان
والاقرار بالدفع كالاقرار بالاعطاء فلا
يوجب الضمان فان قيل اعطاؤه والدفع
لا يكون الا بقبضه فوجب ان يكون اقرارا
بالقبض قلنا قد يكون بالتخلية والوضع
بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضى لا عموم له
لانه ثابت ضرورة فيتقدر بقدر الضرورة

فلا

فلا يظهر في حق انعقاده سببا للضمان لانه
عدم في حق غيره قال وان قال هذا كان
وديعة لي عندك فاخذته فقال هو لي اخذه
لان المقر اقر باليد له ثم بالاخذ منه وهو (جواب ان)
سبب الضمان على ما بينا وادعى استحقاقه
عليه فلا يقبل دعواه فوجب عليه رد العين
ان كان قائما والا فقيمته وكذا لو قال
اقرضتك الف درهم ثم اخذتها منك يجب
على المقر دفعها اليه لما ذكرنا قال رحمه الله
وان قال آجرت بعيري او ثوبي هذا فلانا
فركبه او لبسه فرده فالقول للمقر وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله القول قول من اخذ منه
البعير والثوب وهو القياس وعلى هذا الخلاف
الاقرار بالاعارة او الاسكان ثم اخذه
منه وجه القياس انه اقر باليد له ثم
ادعى عليه الاستحقاق فيقبل له دون (اقراره م)
دعواه فيجب الرد كما في فصل الوديعة
والقرض على ما مر وجه الاستحسان
ان اليد في الاجارة تثبت ضرورة استيفاء المعقود
عليه وهو المنافع فلا يكون اقرارا باليد لها
مقصودا فلا يظهر في حق الاستحقاق على
المقر بخلاف الوديعة والقرض لان اليد

فيهما مقصودة فيكون الاقرار بهما اقرارا لهما
باليد لان العقد في الاجارة والاعارة اقر
بيد ثابتة من جهته فيكون القول له في
كيفيتها ولم يشترط ذلك في مسألة الوديعة
والقرض فانه قال كان وديعة وقد تكون
من غير صنعه بان يهب فيه الهواء ويلقيه
في داره حتى لو قال اودعتها كان على
الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ
في الوديعة وعدمه وذكر الاخذ في الاجارة
ونحوها خلافا لما توهمه علي القمي فانه جعل
مدار الفرق ذلك وهذا لا يستقيم لانه
ذكر الاخذ في الطرف الآخر ايضا في الاقرار
وذكر في النهاية انما الاختلاف بينهم اذا
لم تكن الدابة معروفة للمقر ولو كانت معروفة
له كان القول قوله بالاجماع وعزاه الى
الاسرار ولو قال هذا الثوب خاطه لي
بنصف درهم فلان ثم قبضته منه وقال
فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف
في الصحيح والوجه ما بينا خلافا لما توهمه
بعضهم فانهم قالوا القول قول المقر بالاجماع
وليس بشي ولو قال اقتضيت من فلان الف
درهم كانت لي عليه وانكر المقر له كان القول
قوله فلان يأخذها منه وهذا الظهر لان

القابض

القابض قد اقر بانه ملكه وانه اخذه منه
اقتضاء لحقه وهو مضمون عليه اذ الديون
تقضى بامثالها فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر
بسبب الضمان ثم ادعى تملكه ما يبريه
من الضمان وهو تملكه عليه بما يدعيه من الدين
مقاصة والآخر ينكره فكان القول قوله بخلاف
دعوى الاجارة واشباهها لانه لم يقر له فيها
بالملك ولا باليد له مقصودا ولا وجد ما
يدل منه على الاقرار بوجوب ضمان المقبوض
فوضح الفرق ولانا لو اخذنا الناس في الاعارة
والاجارة باقرارهم لامتنعوا منهما وكان
عليهم حرج بين والحاجة ماسة اليهما
فلا يؤاخذون به استحسانا دفعا للحرج
ولو قال ان فلانا زرع هذه الارض او بنى
هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله
في يد المقر وقال المقر له الملك ملكي وفعلت
ذلك لنفسي وقال المقر لا بل استعنت بك
ففعلت او فعلته باجر كان القول للمقر لانه
لم يقر له باليد لا صريحا ولا اقتضاء انما اقر
بمجرد فعل منه وذلك ممكن من غير ثبوت
يده فيه بان يفعله وهو في يد صاحبه
بل جرت العادة بذلك فلا يثبت بمجرد دعواه فصار
كما اذا قال خاط لي هذا القميص فلان بدرهم

ولم يثبت قبضته منه فانه لم يكن اقرارا له
باليد ولو اقر ان هذا اللبن او هذا السمن
او هذا الجبن من بقرة فلان او هذا الصوف
من غنمه او هذا التمر من نخله وادعى فلان
انه له امر بالدفع اليه لان الاقرار بملك
الشيء اقرار بما يتولد منه لانه يملك بملك
الاصل قال رحمه الله ولو قال هذا الالف
وديعة فلان لا بل وديعة لفلان فالالف
للاول وعلى المقر مثله للثاني لانه لما اقر به
للاول صح اقراره له وصار ملكا له وقوله
بعد ذلك لا بل وديعة لفلان ~~فالالف للاول~~
حيث لا يجب عليه للثاني لانه لم يقر بالايداع
منه وانما اقر به للاول ثم رجع وشهد به
للثاني فرجوعه لا يصح وشهادته لا تقبل
وفي مسالة الكتاب اقر بالايداع من الثاني
وقد عجز عن رد الوديعة بفعله فصار
مستهلكا لها فيضمن وعلى هذا لو كان الالف
غير معين بان قال لفلان علي الف لا بل لفلان
يلزمه لكل واحد منهما الف لان رجوعه
عن الاول لا يصح واقراره للثاني صحيح فيلزمه
لهما ولو كان المقر له واحدا بان قال لفلان
علي الف درهم لا بل الفان يلزمه اكثرهما
استحسانا وهو الالفان والقياس ان يجب

باليد المتصور فعلى المقر
وفي بيته كلف فاما اذا
اقر بالسكنى في
داره لان السكنى
لا تكون الا باليد
فيكون الاقرار له
به اقرارا له صح

لثبوت يده

[illegible]

عليه المالان وهو ثلاثة الاف وهو قول
زفر رحمه الله لان كلمة لا بل رجوع عن الاول
واستدراك غلط بالثاني والرجوع عن الاول
لا يصح واقراره بالثاني صحيح فلزماه فصار
كما اذا اختلف المقر لهما على ما بينا او اختلف
جنس المالين بان قال لفلان علي الف درهم
لا بل الف دينار فانه يلزمه المالان بالاجماع
ولنا فكذا هذا وجه الاستحسان انهما
اقراران لانه لا يملك الرجوع عن الاول لكنه
عند اتحاد الجنس والمقر له امكن جعله تكرارا
كما اذا اقر له مرتين بان قال لفلان علي الف
درهم ثم قال له علي الفان لذلك الرجل بعينه
فانه يجب عليه الفان فكذا هذا ولا يمكن
ذلك عند اختلاف الجنس او اختلاف المقر
له لانه عند اختلاف الجنس يستحيل جعله تكرارا
وعند اختلاف المقر له يكون رجوعا عن
الاول والاقرار به للثاني فرجوعه لا يصح
واقراره صحيح ولو كان ذلك في الوصف
بان قال علي الف درهم جياد لا بل زيوف
او الف زيوف لا بل جياد لزمه الجياد
استحسانا لانه استدراك الغلط في الصفة
فيلزمه افضل الصفتين كما يلزمه في الاستدراك
في الغلط في المقدار اكثر المالين في الجنس المتحد

لان الاردى داخل في الاجود كما ان الاقل داخل
في الاكثر ولو قال غصبت فلانا مائة درهم
ومائة دينار وكر حنطة لا بل فلانا لزمه
لكل واحد منهما كله لانه اقر بالغصب منهما
وهو فعل منه ولو كانت بعينها فهي للاول
وعليه للثاني مثلها ولو قال غصبت من
فلان الف درهم وفلانا مائة دينار وفلانا
كر حنطة لا بل فلانا فانه يغرم للرابع
ما اقر به للثالث لانه استدراك ورجوع
عن الاخير فصح اقراره لا رجوعه والله اعلم

باب اقرار المريض

قال دين الصحة وما لزمه في مرضه
بسبب معروف قدم على ما اقر به في مرضه
وقال الشافعي رحمه الله دين الصحة ودين
المرض يستويان لانهما استويا في سبب
الوجوب وهو الاقرار في محله وهو الذمة
اذ هي محل الوجوب في حالة الصحة والمرض
فيستويان في الوجوب وصحته بصدوره
عن عقل ودين لانهما يحملانه على الصدق
ويزجرانه عن الكذب وهذا المعنى لا يختلف
في الصحة والمرض بل في حالة المرض يزداد
رجحان جهة الصدق لان المرض سبب
التورع والانابة فاذا استويا في سبب

الوجوب

الوجوب والمحل استويا في الاستيفاء ولهذا
يستويان اذا كان وجوبه بسبب معروف
كالشراء بمثل القيمة وكالتزوج بمهر المثل
ولنا ان الاقرار غير معتبر اذا كان فيه
ابطال حق الغير الا ترى انه اذا رهن
عينا او آجره ليس له ان يتصرف فيه لما فيه
من ابطال حق الغير وههنا في اقراره
ذلك لان حق اصحاب الديون تعلق
بماله استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة
مطلقا في حقهم من غير مقدر بالثلث بخلاف
ما اذا كان سببها معروفا كالنكاح المشاهد
وغيره مما ليس من التبرعات كالبيع المشاهد
والاتلاف المشاهد لانه لا تهمة فيه وانما
التهمة في الاقرار والبيع لا يبطل حقهم ايضا
لان حقهم في المالية وهي باقية وفي النكاح
ان كان يبطل لكن حقه فيه من الحوائج
الاصلية كالاكل ولبسه ومسكنه وثمن
الادوية واجرة الطبيب ونحو ذلك فيقدم
على حق الغرماء بخلاف حالة الصحة حيث
ينفذ في حق الغرماء اقراره لان حقهم
في ذمته ولم يتعلق بماله ولهذا لم يمنع
من التبرعات مطلقا لقدرته على الاكتساب
وحالة المرض حالة العجز فيمنع حتى لو اقر

من البيع اكثر من القيمة

بعين في يده لآخر لا يصح في حق غرماء الصحة
والمرض لاسباب معلومة ولا يجوز
للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون
بعض لان فيه ابطال حق الباقين الا اذا
قضى ما استقرض في مرضه او نقد ثمن
ما اشترى فيه وقد علم ذلك بالبينة لانه
لم يبطل حقهم وانما حوّله من محل اخرجه
عن ملكه الى محل حصله فصار كالرد عين
ما استقرضه الى المقرض او رد المبيع
بعيب وهذا لان اخراجه عن ملكه بما
يعادله من العوض لا يعد اخراجا بخلاف
~~بخلاف~~ ما اذا تزوج امراة واعطاها
المهر حيث يكون لهم ان يشاركوا المراة
فيما قبضت وكذا اذا استاجر عينا واوفى
اجرتها فانهم يشاركونه لانه اخرج عن
~~ملكه بما يعادله من العوض لا يعد اخراجا~~
~~بخلاف ما اذا تزوج امراة واعطاها المهر~~
~~حيث يكون لهم ان يشاركوا المراة فيما قبضت~~
~~وكذا اذا استاجر عينا واوفى في اجرتها فانهم~~
~~يشاركونه لانه اخرج عن ملكه~~ ما تعلق
به حقهم من غير عوض يقوم مقامه في تعلق
حقهم به لان المنافع لا يتعلق حقهم بها فصار
كانه قضى حق بعض الغرماء والمعرفية ان

يشاركوه فكذا هذا ان قيل يصح اقراره
لوارث آخر وفيه ابطال حق غيره من الورثة
لا سيما اذا كان المقر له يحجب غيره فوجب
ان يجوز اقراره بالدين وان كان فيه
ابطال حق غيره من الغرماء بالمزاحمة
ايضا بل اولى لانه ادنى من الحجب قلنا
ان استحقاق الوارث المال بالنسب
والموت جميعا والاستحقاق يضاف الى
آخرهما وجودا فيضاف الى الموت ولهذا لو
شهدا بالنسب قبل الموت ثم مات المشهود
عليه وورث المشهود له منه المال ثم رجعا
لم يضمنا شيئا لانه ورث بالموت فاما الدين
فلا يجب بالموت بل بالاقرار فيمتنع من ذلك
في حقهم ودين المرض اذا كان سببه غير
معروف لا يمنع صحة الاقرار لان احوال
المرض كلها بمنزلة حالة واحدة في حق
الاطلاق بخلاف حالة الصحة مع حالة
المرض لانهما مختلفان صفة من الاطلاق
والحجر فيقدم دين الاطلاق على ما اقر
به في حالة الحجر كالعبد الماذون له اذا
حجر عليه ثم اقر بما في يده يقبل اقراره
به ويقدّم مرضيه دينه في حالة الاذن
لما ذكرنا فكذا هذا فاذا صح اقراره نفذ

من جميع المال والقياس ان لا ينفذ الا من
الثلث لان الشرع قصر تصرفه على الثلث
وعلق حق الورثة بالثلثين فكذا اقراره
لكن تركناه بالاثر وهو ما روي عن ابن
عمر رضي الله تعالى عنهما انه قال اذا اقر
المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته
والاثر في مثله كالخبر لانه من المقدرات
فلا يدرك بالقياس فيحمل على انه سمعه
من النبي صلى الله عليه وسلم ولان قضاء
الدين من الحوائج الاصلية لان فيه تفريغ
ذمته ورفع الحائل بينه وبين الجنة
فيتقدم على حق الغرما كسائر حوائجه
على ما بينا لان شرط تعلق حقهم الفراغ [صوابه الورثة]
عن حقه ولهذا يقدم كفنه عليهم [اي على الورثة]
قال رحمه الله **واخر الارث عنه** اي
عن الديون التي اقر بها في حالة المرض
لما بينا آنفا قال **وان اقر المريض**
لوارثه بطل الا ان يصدقه بقية الورثة
وقال الشافعي رحمه الله يجوز اقراره له
بنا على اصله لانه يحجر عليه فيما فيه فكان رقبته
لانه اظهار حق ثابت عليه وجانب
الصدق راجح فيه فصار كاقراره لاجنبي
وبوارث وبوديعة مستهلكة للوارث

دى

دين معهم وفيه بان اودعها على رؤس الاشهاد
ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية
لوارث ولا اقرار له بالدين وقول ابن
عمر رضي الله تعالى عنهما اذا اقر الرجل
في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه
جايز وان احاط ذلك بماله وان اقر
لوارث فهو غير جايز الا ان يصدقه الورثة
ولان فيه ايثار بعض الورثة بماله
بعدما تعلق حق جميعهم به فلا يجوز لما
فيه من ابطال حق البقية كالوصية
له وانما تعلق حقهم به لاستغنائه
عنه بعد الموت فلا يمكن من ابطال
حقهم بالاقرار لورثته كما لا يمكن
بالوصية لهم وهو القياس في الاقرار
للاجنبي الا انا تركناه لانه لو لم يقبل
اقراره لامتنع الناس عن معاملته حذرا
من ابواء اموالهم فينسد عليه طريق
التجارة والمداينة فيحرج حرجا عظيما فلا
يحجر عليه في حقه لحاجته الى المعاملة كما
لا يحجر عليه في حقه من التبرع الى الثلث
لحاجته الى التقرب الى الله تعالى فيه بخلاف
الوارث لان المعاملة معه نادرة اذ
يمكن التحرز عنه من غير حرج فلا يؤدي

الى نسبه بابها والاقرار بالنسب من حوائجه
الاصلية لانه يحتاج الى بقاء نسله وحاجته
مقدمة على حق الورثة ولان الاقرار
بالنسب ليس فيه ابطال حقهم فقد ادانما
يبطل حقهم بالموت بشرط ان يتحد دينهما
وفي الاقرار يبطل في الحال باقراره فقد ا
فافترقا ولا تهمة في الاقرار بالوديعة المستهلكة
على الصفة التي ذكرنا فيقبل اقراره لان
رده كان للتهمة فانتفى الحكم بانتفائها
الا ترى انا لو كذبناه فمات وجب
الضمان من ماله لانه مات مجهلا
وعليه بينة فلا فائدة في تكذيبه
حتى لو كانت الوديعة غير معروفة لا يقبل
اقراره باستهلاكها الا ان يصدقه
بقية الورثة لان الحجر كان لحقهم فاذا
صدقوه فقد اقروا بتقدمه عليهم
فيلزمهم وكذا لو كان له دين على وارثه
فاقر بقبضه لا يصح الا ان تصدقه البقية
قال **وان اقر لاجنبي صح وان احاط**
بماله والقياس ان لا يصح اصلا كما
في حق الوارث او بما زاد على الثلث
كتبرعاته وقد ذكرنا جوابه ووجه
الاستحسان قال **وان اقر لاجنبي**

ثم

ثم اقر ببنوته ثبت نسبه وبطل اقراره
وان اقر لاجنبية ثم تزوجها صح بخلاف
الهبة والوصية حيث لا يصحان لها
ايضا كما لا يصح للوارث وقال زفر
رحمه الله يبطل الاقرار لها ايضا
لانها وارثة عند الموت فحصلت التهمة
وهي المعتبرة في الباب فصار كما اذا وهبها
او اوصى لها وهي اجنبية ثم تزوجها
فانها لا يجوز وهو المراد بقوله في المختصر
بخلاف الهبة والوصية ولنا ان النسب
يستند الى حالة العلوق فيتبين ان البنوة
كانت حالة الاقرار فلا يجوز ولا كذلك
الزوجية فانها حادثة فتكون مقتصرة
على زمان التزوج فلا يظهر ان اقراره
كان باطلا لعدم الزوجية في تلك الحالة
بخلاف ما اذا وهبها شيئا او اوصى
لها بشيء ثم تزوجها حيث تبطل الهبة
والوصية لها لان الوصية تمليك
بعد الموت وهي وارثة حينئذ
فلا يصح والهبة في المرض وصية حتى
لا ينفذ الا من الثلث على ما ياتي بيانه
في الوصية ان شاء الله تعالى فصارت
كالوصية في اصلها ان الوصية لا تعتبر

الا عند الموت على كل حال واما الاقرار فلا يخلو
اما ان يكون المقر له وارثا وقت الاقرار
دون الموت او كان وارثا فيهما او لم يكن
وارثا فيما بينهما او لم يكن وارثا وقت
الموت فان كان وارثا وقت الاقرار
دون وقت الموت بان اقر لامراته ثم
ابانها وانقضت عدتها ثم تزوجها حيث
~~تبطل الهبة والوصية لها لان الوصية~~
~~تمليك بعد الموت وهي وارثة حينئذ فلا~~
~~تصح والهبة في المرض وصية حتى لا تنفذ~~
~~الا من الثلث على ما ياتي بيانه في الوصية~~
~~ان شاء الله تعالى فصارت كالوصية~~ او والى
رجلا فاقر له ثم فسخ الموالاة ثم عقدها
ثانيا لا يجوز الاقرار عند ابي يوسف رحمه
الله لان المقر متهم في الطلاق وفسخ الموالاة
ثم عقده ثانيا وعند محمد رحمه الله يجوز
لان شرط امتناع الاقرار عند ابي يوسف
رحمه الله لان المقر متهم في الطلاق وفسخ
الموالاة ثم عقده ثانيا وعند محمد رحمه
الله يجوز لان شرط امتناع الاقرار
ان يبقى وارثا الى الموت بذلك السبب
ولم يبق ولانه لما صار اجنبيا نفذ
الاقرار كما لو انشاه في ذلك الوقت

الاقرار وصار وارثا وقت صح

لاخيه مثلا ثم ولد له ولد يصح اقراره
لعدم كونه وارثا وقت الموت وان
كان وارثا فيهما لا فيما بينهما
بان اقر صح

الا

الا ترى انه لو لم يعقد ثانيا كان جايزا
فكذا اذا عقده وان لم يكن وارثا وقت
الاقرار ثم صار وارثا وقت الموت ينظر
فان صار وارثا بسبب كان قايما وقت
الاقرار بان اقر لاخيه وله ابن ثم
مات الابن قبل الاب لا يصح اقراره وان
صار وارثا بسبب جديد كالتزوج وعقد
الموالاة جاز وقال زفر رحمه الله لا يجوز
لان الاقرار حصل للوارث وقت الموت
فصار كما اذا صار وارثا بالنسب ولنا
ان الاقرار حين صدر حصل للاجنبي لا للوارث
فينفذ ويلزم فلا يبطل بخلاف الهبة
لانها وصية ولهذا يعتبر من الثلث فيعتبر
وقت الموت بخلاف ما اذا صار وارثا
بالنسب بان اقر مسلم مريض لاخيه
الكافر ثم اسلم قبل موته او كان محجوبا
بالابن ثم مات الابن حيث لا يجوز
الاقرار له لان سبب الارث كان قايما
وقت الاقرار ولو اقر لوارثه ثم مات
المقر له ثم المريض ووارث المقر له من
ورثة المريض لم يجز اقراره عند ابي
يوسف اولا لان اقراره حصل للوارث
ابتداء وانتهاء وقال اخرا يجوز وهو قول

حكمه لانه بالموت قبل موت المريض خرج من
ان يكون وارثا وكذلك لو اقر لاجنبي ثم
مات المقر له ثم المريض وورثة المقر له
من ورثة المقر لان اقراره كان للاجنبي
فيتم به ثم لا يبطل بموته وكذا لو اقر
المريض بعبد لاجنبي وقال الاجنبي هو ابن
لفلان وارث المريض يصح اقراره لما ذكرنا
ولو اقر الاجنبي انه حر الاصل او كان اعتقه
عتق ولا شيء عليه قال **ولو اقر لمن طلقها**
ثلاثا فيه اي المريض فلها الاقل من الارث
والدين هذا اذا طلقها بسؤالها وان طلقها
بلا سؤالها فلها الميراث بالغا ما بلغ ولا يصح
الاقرار لها لانها وارثة اذ هو فار وقد
بيناه في طلاق المريض بخلاف ما اذا
طلقها بسؤالها فانها لا ترث لكن لما اقر لها
بالدين بقيا متهمين فيه لان الزوجين
قد يتفقان على الطلاق ليفتح باب الاقرار
لها فتعطى اقلهما لرد التهمة وعلى هذا
اذا اوصى لها تعطى الاقل من ميراثها منه
ومن الوصية لما ذكرنا المسألة بفروعها
في الطلاق قال **وان اقر بغلام مجهول**
يولد لمثله اي لمثل المقر انه ابنه وصدقه
الغلام ثبت نسبه ولو مريضا وشارك

اي بسؤالها وهذا [illegible] كما بيناه

الورثة

الورثة لان النسب من الحوائج الاصلية وهو
ايضا اقرار على نفسه على ما بيناه وليس فيه
ضرر على غيره فيصح وقد ذكرناها
في الدعوى والعتاق وشرط ان لا يكون
له نسب معروف لانه اذا كان له نسب
معروف لا يمكن ثبوته منه ولا حاجة
الى اثباته لاستغنائه به عنه وشرط
ان يولد مثله لمثله كيلا يكذبه الظاهر
وشرط ان يصدقه الغلام لان الحق له
فلا يثبت بدون تصديقه اذا كان مميزا
والكلام فيه بخلاف ما اذا كان لا يعبر
عن نفسه حيث لا يعتبر تصديقه
لانه في يد غيره وقد ذكرناه من قبل
فاذا صح اقراره شارك الورثة في الميراث
لانه من ضرورات ثبوت النسب قال
ويصح اقراره اي اقرار الرجل بالولد
والوالدين لانه اقرار على نفسه وليس
فيه حمل النسب على الغير وشروطه
ما بيناه في الابن قال **والزوجة والمولى**
لان موجب اقراره يثبت بينهما بتصادقهما
من غير اضرار باحد فينفذ قال **واقرار**
اي يصح اقرار المرأة بالوالدين والزوج
والمولى لان الاصل ان اقرار الانسان

على نفسه حجة لا على غيره وبالاقرار بهؤلا ليس
فيه الا الزام نفسها فيقبل قال وبالولد
ان شهدت قابلة او صدقها الزوج اي يقبل
اقرار المراة به بهذا الشرط لان قول القابلة
حجة في تعيين الولد والنسب يثبت بالفراش
لقوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش
والزوج هو صاحب الحق فاذا صدقها
فقد اقر به فلزمهما الاقرار له هذا
اذا كانت ذات زوج او معتدة وادعت
ان الولد منه لان فيه تحميل النسب عليه
فلا يلزمه بقولها اما اذا لم يكن لها زوج
ولا هي معتدة او كان لها زوج وادعت ان الولد
من غيره صح اقرارها لان فيه الزاما على
نفسها دون غيرها فينفذ عليها قضاء وكذا
اذا ادعى هو الولد فانه لو ادعى ابنه
ولده من امراته لا يصدق في حقها الا
بتصديقها قال ولا بد من تصديق
هؤلاء يعني تصديق المقر له في جميع ما تقدم
ذكره لان اقرار غيرهم لا يلزمهم لان كلا منهم
في يد نفسه الا اذا كان المقر له صغيرا
في يد المقر وهو لا يعبر عن نفسه او عبدا
له فيثبت نسبه بمجرد الاقرار ولو كان عبدا
لغيره يشترط تصديق مولاه قال وصح التصديق

بعد موت المقر الا تصديق الزوج بعد موتها
يعني اذا اقر بنسب او نكاح ثم مات المقر
فصدقه المقر له بعد موته صح تصديقه
الا اذا اقرت المراة بالزوج فصدقها بعد
موتها فانه لا يصح اما الاول فلان النسب
يبقى بعد الموت وكذا اقرار الزوج بالزوجية
فصدقته بعد موته لان حكم النكاح باق
في حقها وهو العدة فانها من اثار النكاح
ولهذا جاز لها غسله ميتا واما الثاني
وهو ما اذا اقرت المراة بالزوجية فصد تها
بعد موتها فالمذكور هنا قول ابي حنيفة
وعندهما يجوز تصديقه بعد موتها لان النكاح
ينتهي بالموت ولا يبطل كالنسب والمنتهي
متقرر فيصح تصديقها وهذا لان النكاح
يبقى بعد موتها في حق الارث والاقرار
قائم لان التكذيب من الزوج لم يوجد
فصح التصديق في هذه الحالة فيثبت
النكاح بتصادقهما فيرث منها اذا ثبت
تصادقهما كما لو ثبت عيانا ولهذا لو
اقام البينة بعد موتها على النكاح تقبل
ولو لا ان النكاح قائم في حق الارث والاقرار
~~قائم لان التكذيب من الزوج لم يوجد~~
~~فصح التصديق~~ له انه تبطل [illegible] بطل

يعمل فيه ايضا كالبينة ولابي حنيفة رحمه الله
ان النكاح قد انقطع بالموت ولم يبق له اثر
واما الارث فحكم يثبت بعد الموت والنكاح
انما ينتهي في حق حكم كان قبل الموت واما
المستقبل فالنكاح معدوم فيه فلو
صححنا الاقرار والنكاح معدوم صححناه لاثبات
الارث ابتداء فيكون التصديق واقعا في شيء
هو معدوم في الحال من كل وجه فلا يجوز بخلاف
جانبها لانه امكن جعل النكاح باقيا ببقاء اثره
وهو العدة على ما مر فان قيل اذا اقر رجل
لرجل بعبد فمات العبد وترك كسبا اكتسبه
بعد الاقرار ثم صدقه المقر له استحق
الكسب والارث في مسألتنا بمنزلة الكسب
فوجب ان يصح تصديقه في حقه قلنا الكسب
يقع ملكا لمالك الرقبة من الابتداء لانه في حكم
المنفعة ومن ملك رقبة ملك منافعها حكما
تبعا لها فيصير الاقرار بالعبد اقرارا بان الكسب
للمقر له فيصير قيامه بمنزلة قيام العبد
واما الارث فانما يثبت بعد موتها على
سبيل الخلافة عنها بسبب الزوجية لا بحكم
الاقرار لان المستحق عليها بالنكاح يفوت
بموتها فيبقى تصديقه بعد ذلك دعوى ارث
مبتدا فلا يصح وهذا لان ما اقرت به هي نكاح

وما

وما ادعاه بعد موتها ارث فلا يكون تصديقا
لها فيما اقرت به بل هو دعوى مبتداة فلا
تقبل دعواه بلا حجة بخلاف ما اذا اقام البينة
فانها حجة ملزمة فيثبت بها مدعاه قال
وان اقر بنسب غير الاخ لم يثبت يعني اذا اقر
بنسب على غيره لم يثبت والعم من ذلك الغير لعدم
ولايته عليه وذلك مثل الاخ والعم فانه
اقرار على الاب او الجد بانه ابنه وكذا اذا
اقر بالجد او بابن الابن فانه لا يصح فان فيه
حمل النسب على الغير فلا يجوز بدون اقامة
البينة الا في حق نفسه حتى يلزمه الاحكام
من النفقة والحضانة والارث اذا تصادقا
على ذلك لان اقرارهما حجة عليهما قال
فان لم يكن له وارث غيره قريب او بعيد
ورثه وان كان لا اي وان كان للمقر وارث
لا يرث المقر له لان النسب لم يثبت باقراره
فلا يستحق الميراث مع وارث معروف
قريبا كان ذلك الوارث كذوي الارحام
او بعيدا كمولى الموالاة وان لم يكن له وارث
غيره ورثه لان اقراره حجة في حق نفسه فيقبل
عند عدم الاضرار بغيره وهذا لانه اقر بشيئين
بالنسب وباستحقاق ماله بعده وهو في النسب
متعد على غيره فيرد وفي استحقاق ماله مقتصر

على نفسه فيقبل عند عدم المزاحم لان له
ولاية التصرف في ماله عند عدم الوارث
يضعه حيث شاء حتى كان له ان يوصي بجميع
ماله فكذا له ان يجعله لهذا المقر له لانه
وصية من وجه حتى كان للمقر ان يرجع عن
الاقرار ولان نسبه لم يثبت فلا يزاحمه كالوصية
ارث من وجه حتى لو اوصى لغيره باكثر من
الثلث لا ينفذ الا باجازة المقر له ما دام
المقر مصرا على اقراره لانه وارث حقيقة
ثالث ومن مات ابوه فاقر باخ شركه
في الارث ولم يثبت نسبه لما ذكرنا ان
اقراره مقبول في حق نفسه غير مقبول
في حق غيره نظيره مشتري العبد اذا اقر
على البائع انه اعتقه قبل البيع لم يقبل قوله
في حق البائع حتى لا يرجع عليه بالثمن في حق
نفسه حتى يعتق العبد فاذا قبل اقراره
في حق نفسه يستحق المقر له نصف نصيب
المقر مطلقا عندنا وعند مالك وابن ابي
ليلى يجعل اقراره شايعا في التركة فيعطي
المقر من نصيبه ما يخصه من ذلك حتى لو كان
لشخص مات ابوه اخ معروف فاقر باخ
فكذبه اخوه المعروف فيه اعطى المقر
نصف ما في يده وعندهما ثلث ما في يده

لان

لان المقر قد اقر له بثلث شايع في النصفين فنفذ
اقراره في حصته وبطل ما كان في حصة اخيه
فيكون له ثلث ما في يده وهو سدس جميع
المال والسدس الاخر في نصيب اخيه بطل
اقراره فيه لما ذكرنا ولكن نقول ان في زعم
المقر انهما يتساويان في الاستحقاق والمنكر
ظالم بانكاره فيجعل ما في يده كالهالك
فيكون ما في يده بينهما بالسوية ولو اقر باخت
تاخذ ثلث ما في يده وعندهما تاخذ
خمسه ولو اقر بابن وبنت لاخ وكذبهما
ابن وبنت يقسم نصيب المقر بين اخماسا
وعندهما ارباعا والتخريج ظاهر ولو اقر
بامراة انها زوجة ابيه اخذت ثمن ما في يده
ولو اقر بجدة هي ام الميت اخذت سدس
ما في يده فيعامل فيما في يده كانما سلم له
لو ثبت ما اقر به وقال في الايضاح لو اقر
احد الابنين المعروفين بزوجة للميت اخذت
تسعي ما في يده لان في زعم المقر ان التركة
بينهم على ستة عشر سهما للزوجة سهمان
ولكل ابن سبعة اسهم فلما اخذ اخوه
اكثر من حقه في زعمهما صار ذلك كالهالك
فتضرب هي بقدر حقها وهو سهمان ولكل
~~ابن سبعة اسهم فلما اخذ اخوه اكثر من~~

~~من كفه في زعمهما مثل ذلك كما لها المقر~~
~~حق بقدر حقها وهو سهمان~~ ويضرب الابن
بقدر حقه وهو سبعة فيحصل لها سهمان
من ستة وله سبعة وعلى قول مالك وابن
ابي ليلى لها ثمن ما في يده لان اقراره انما صح
بسهم واحد يعني من ستة عشر وله سبعة
اسهم قال **وان ترك ابنين وله على
اخر مائة فاقر احدهما بقبض ابيه خمسين
منها فلا شي للمقر وللاخر خمسون** لان الاقرار
بالاستيفاء اولى فيكون مقرا على القابض
دينا في ذمته بمثل ما ضمان فاذا كذبه
اخوه لا يصدق عليه فينفذ في حصته خاصة
فيجب على الميت خمسون درهما على زعمه
والدين مقدم على الميراث فاستغرق نصيبه
فلا ياخذ منه شيا كما اذا اقر عليه بدين اخر
وكذبه اخوه وليس له ان يشارك اخاه في الخمسين
وان تصادقا على انه مشترك بينهما لانه لو
رجع المقر على اخيه لرجع اخوه على الغريم
بما بقي من الدين على زعمه ثم رجع الغريم على
المقر فاذا على الخمسين ما اخذه من اخيه المكذب
لان الوارث لا ياخذ شيا الا بعد قضا الدين فيؤدي
الى الدور وعلى مذهب ابن ابي ليلى ان المقر يحصل له
نصف الخمسين لانه يصرف الاقرار الى الكل

اقرار بالدين على الميت ان المقبوض غير الدين ح

شايعا

شايعا لانه اقر على نفسه وعلى اخيه فاقراره
في حقه مقبول فيصح وفي حق اخيه لا يقبل فلا يصح
ولو اقر ان اباه قبض كل الدين والمسالة
بحالها كان جوابه كالاولى الا انه هنا يحلف
المنكر لحق المدين بالله ما يعلم انه قبض
الدين فان نكل برئت ذمته وان حلف دفع
اليه نصيبه بخلاف المسالة الاولى حيث
لا يحلف لحق الغريم لان حقه كله حصل له
من جهة المقر فلا حاجة الى تحليفه وهنا لم
يحصل له الا النصف فيحلفه ولو ترك الميت في
هذه الصورة مائة اخرى غير الدين والمسالة
بحالها فاقتسماها ثم رجع المكذب على الغريم
بنصيبه من المائة الدين لما قلنا وللغريم
ان يحلفه لما بينا فان نكل برئت ذمته
وان حلف اخذ نصيبه وهو خمسون درهما
من الغريم ثم يرجع الغريم بذلك على
المقر باخذه منه من نصيبه من التركة
لانه لما اقر بقبض ابيه المائة فقد اقر عليه
بالدين والدين مقدم على الميراث على
الوجه الذي بيناه والله اعلم بالصواب

كتاب الصلح

قال **وهو عقد يرفع النزاع** هذا في الشرع وفي
اللغة هو اسم بمعنى المصالحة وهي المسالمة

اسم مصدر وذكر مصدر ووقف ناقص عن حروف الفعل فهو اسم مصدر لانه من صالح لا من صلح

خلاف المخاصمة واصله من الصلاح وهو ضد
الفساد ومعناه دال على حسنه الذاتي وكم من
فساد انقلب به الى الصلاح بحسنه ولهذا امر
الله تعالى به عند حصول الفساد والفتن بقوله
تعالى وان طايفتان من المومنين اقتتلوا
فاصلحوا بينهما وقال تعالى وان امراة
خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فلا
جناح عليهما ان يصالحا بينهما صلحا والصلح
خير قالوا معناه جنس الصلح خير ولا
يعود الى الصلح المذكور لانه خرج مخرج التعليل
والعلة لا تتقيد بمحل الحكم فيعلم بهذا ان
جميع انواعه حسن لان فيه اطفا النايرة
بين الناس ورفع المنازعات الموبقات
عنهم وهو ضد المسالحة وهي منهي عنها بقوله
تعالى ولا تنازعوا في ترك الصلح ذلك
لان طلب جميع ما يستحقه ربما يودي الى
الانكار لا سيما عند الاعسار وفيه فساد
عظيم بعد الانكار فان المدعي اذا اقام
البينة تكثر العداوة وتهيج الفتن بين المدعي
والمدعى عليه والشهود والقاضي والى هذا
اشار النبي صلى الله عليه وسلم بقوله ردوا
الخصوم كي يصطلحوا وقال ابو منصور الماتريدي
رحمه الله لا يعمل الشيطان في ايقاع العداوة

والبغضا

والبغضا في بني آدم مثل ما يعمل من ابطل الصلح
على الانكار وهذا صحيح لان في منع مثل
الصلح فتح باب المنازعات واثارة النايرات
بين الناس واقامة الفتن والمكايدات
الا ترى الى ما حكي ان فتنة وقعت في قبيلة
بسبب نعمة غلام هاجت بينهم حتى قتل
منهم اربعون الفا واشتد الحرب بينهم
الى ان وقع الصلح فانطفأت النايرة ولان
العقود انما شرعت للحاجة والحاجة اليه
امس لدفع الشر فكان اولى قال **وهو
جايز باقرار وسكوت وانكار** لاطلاق
ما تلونا وما روينا وما بينا من المعنى
ولقوله عليه الصلاة والسلام كل صلح جايز ردوا الخصوم كيما يصطلحوا
فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما وحرم
حلالا وقال الشافعي لا يجوز مع الانكار والسكوت
لما روينا وهذا بهذه الصفة لان البدل كان
حلالا للدافع حراما على الآخذ فبالصلح ينعكس
الامر فيكون حراما على الدافع حلالا على الآخذ او
تقول ان المدعي ان كان محقا كان اخذ المدعى
حلالا له قبل الصلح وحرم بالصلح فصار مثل
احل حراما ولان المدعى عليه يدفع المال لقطع
الخصومة عن نفسه وهذا رشوة فان كان
التمليك رشوة كان التملك قبول الرشوة

وحرم عليه بالصلح وان كان مبطلا فقد كان اخذ المال على الدعوى الباطلة حراما عليه قبل الصلح

اذ لا يملك الا من الجهة التي يملك فيكون المدعى
عليه دافعا لدفع الظلم والمدعي آخذا لترك
الظلم قلنا ليس هذا مراد النبي صلى الله
عليه وسلم لان ذلك موجود في الصلح مع
الاقرار ايضا لان الصلح يقع عادة على
ما دون حقه فما زاد على الماخوذ الى تمام
حقه كان حلالا للمدعي اخذه قبل الصلح
وحرم عليه بالصلح وكان حراما على المدعى
عليه منعه قبل الصلح وحل له بعده ولو
كان المراد هذا المعنى لما صح مطلقا بل البيع
ايضا يكون حراما بهذا الاعتبار لان كل
واحد من المتبايعين ما له كان حلالا له قبل
البيع ويحرم عليه بالبيع وكذا سائر العقود
المشروعة فيؤدي هذا الى تحريم اسباب
الملك شرعا وانما مراده عليه الصلاة
والسلام ان يستباح بالصلح ما ليس بمباح
شرعا او يحرم ما ليس بحرام وذلك مثل
ان يصالح على الخمر والخنزير او يصالح احدى
الضرتين زوجها على ان لا يطأ الاخرى او
امته فتحرم عليه على زعمهم بالصلح وهذا
ظاهر لانه عليه الصلاة والسلام ذكر الحرام
والحلال مطلقا والمطلق منهما ينصرف الى الكامل
وذلك بان يكون حراما او حلالا لعينه وقوله

رشوة

رشوة وتلك تبطل للرشوة الى آخره لا نسلم
بل هو في زعم المدعي هو عين حقه او بدله
فهو حلال له اخذه واكله وفي حق المدعى
عليه لافتداء اليمين ودفع الشر عن نفسه
وهو ايضا حلال له لان المال لم يخلق الا
لذلك ولهذا قال ابو حنيفة رحمه الله ان
اجود ما يكون من الصلح الصلح على الانكار
لان معنى الصلح فيه يتحقق على التمام وهو
قطع المنازعة والخصومة والفساد الذي
يتولد منها واما مع الاقرار فلا يوجد فيه معنى
الصلح على التمام اذ ليس فيه منازعة حتى
يحتاج فيه الى الصلح بل هو استيفا لبعض حقه
واسقاط للباقي ان اخذ بعض حقه من جنسه
وان اخذ من خلافه فهو بيع عن طوع منه
واختياره ولو قلنا انه رشوة فهي جايزة
للدافع لدفع الظلم عن نفسه وما جاء فيه
من الذم من قوله عليه الصلاة والسلام
لعن الله الراشي والمرتشي المراد به اذا كان
هو الظالم فيدفعها الى بعض الظلمة من ولاة
الامور يستعين به على الظلم بالرشوة واما
لدفع الضرر عن نفسه فلا شبهة فيه حتى
روي عن ابي يوسف رحمه الله انه اجاز ذلك
للوصي من مال اليتيم ايضا لدفع الضرر عن



نفسه فلا شبهة فيه حتى روى عن ابي يوسف
رحمه الله انه اجاز ذلك للوصي من مال
اليتيم ايضا لدفع الضرر على اليتيم الا ترى
ان الخضر عليه الصلاة والسلام خرق
السفينة كيلا ياخذها الظالم وما كان مراده
بذلك الا الاصلاح والله يعلم المفسد من
المصلح وقوله اذ لا يملكه الا من الجهة التي
ملك قلنا لا نسلم اتحاد جهة التمليك
والتملك بل قد يختلف الجهة بينهما كمن اقر
بعتق عبد غيره ثم اشتراه فانه بيع في حق
البائع حتى يجبر المشتري على الثمن فداء في حق
المشتري اذ لا بيع بينهما على زعمه وتقبله كل
واحد من الجماعة في التحري ما اداه اليه
اجتهاده والخلع يمين في حقه معاوضة في
حقها وكذا الفسخ بالاقالة فانها بيع في حق ثالث اي الشفيع
فسخ في حق المتعاقدين قال فان وقع عن
مال بمال باقرار اعتبر بيعا لان معنى البيع
وجد فيه وهو مبادلة المال بالمال عن
تراض فتجري فيه احكام البيوع وهذا ان
الاصل في الصلح ان يحمل على اشبه العقود
له فتجري عليه احكامه لان العبرة للمعاني
دون الصور ولهذا جعلت الهبة بشرط
العوض بيعا والكفالة بشرط براءة

الا

الاصيل حوالة والحوالة بشرط ان لا يبرأ
الاصيل كفالة ثم اذا وقع عن مال بمال ينظر
فان وقع على خلاف جنس المدعى فهو بيع
وشراء كما ذكرنا وان وقع على جنسه فان
كان باقل من المدعى فهو حط وابراء وان كان
بمثله فهو قبض واستيفاء وان كان باكثر
منه فهو فضل وربا قال فتثبت فيه
الشفعة والرد بالعيب وخيار الرؤية
والشرط لان هذه الاشياء من احكام البيع
فتثبت فيه قال ويفسده جهالة البدل
اي الذي وقع عليه الصلح لا جهالة المصالح عنه
لانه بيع فيفسد بالجهالة المانعة من
التسليم والتسلم غير ان المصالح عنه لا يحتا ج
ج الى تسليمه فلا يضره الجهالة والذي
وقع عليه الصلح يحتاج الى تسليمه فيفسده
وهذا اذا كان البدل غير مقدور التسليم
فيفسده دون المصالح عنه لانه يسقط فلا
يحتاج الى تسليمه ولا يفضي الى المنازعة
وكذا يفسده جهالة الاجل اذا جهل الامد او عوجلا
قال وان استحق بعض المصالح عنه او كله
رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض او
بكله ولو استحق المصالح عليه او بعضه
رجع بكل المصالح عنه او ببعضه لان كل واحد

منهما عوض عن الآخر فاذا استحق عليه
ما اخذه رجع عليه بما دفع ان كلا فبالكل
وان بعضا فبالبعض بحصته لانه حكم المعاوضة
قال **وان وقع عن مال بمنفعة اعتبر
اجارة** يعني الصلح باقرار ان وقع عن مال
بمنفعة تكون اجارة لما ذكرنا انه يحمل على اشبه
عقود له اذ العبرة للمعاني فوجب حمله عليها
لوجود معناها فيه وهو تمليك المنافع
بعوض قال فيشترط التوقيت ويبطل
بموت احدهما لانه اجارة وهذا حكمها على ما
عُرف في موضعه وانما يشترط التوقيت في الاجير
الخاص بان ادعى شيئا فوقع الصلح على خدمة
العبد او سكنى سنة وفيما عداه لا يشترط
التوقيت كما اذا صالحه على صبغ الثوب
او ركوب الدابة او حمل الطعام الى موضع
ولو مات احدهما او هلك المنفعة قبل الاستيفا
بطل الصلح فيرجع بالمدّعى ولو كان ذلك بعد
استيفا بعض المنفعة بطل فيما بقي ويرجع
بالمدعى بقدره وهذا كله قول محمد رحمه الله
وهو القياس لانه اجارة وهي تبطل بذلك
وقال ابو يوسف لا يبطل الصلح بموت
المدعى عليه بل المدّعي يستوفي المنافع على حاله
وان مات المدعي فكذلك في خدمة العبد

وسكنى

وسكنى الدار والوارث يقوم مقامه فيهما ويبطل
في ركوب الدابة ولبس الثوب لان الصلح لقطع
المنازعة وفي ابطاله بموت احدهما اعادة
المنازعة فيبقى فيما لا يتفاوت الناس فيه
مطلقا لانه يمكن الاستيفا فيه اما باستمرار
العاقد او باقامة وارثه مقامه وفيما يتفاوتون
فيه كلبس الثياب وركوب الدابة
ان مات المدعى عليه يبقى لامكان الاستيفا
بالاستمرار وان مات المدعي يبطل لتعذر
اقامة الوارث مقامه فيه لانه يتضرر المالك
بذلك وان قُتل العبد يبطل الصلح عند
محمد رحمه الله مطلقا كالاجارة لانه اجارة
على ما بينا وعند ابي يوسف رحمه الله ينظر
فان قتله المدعي او الاجنبي يغرم قيمته ويشتري
بقيمته عبدا يخدمه كما اذا قتل العبد الموصى
بخدمته ولكن يثبت له الخيار لاحتمال
الاختلاف بينهما في الخدمة فالرضا بالاول
لا يكون رضى بالثاني وان قتله المدعى عليه
بطل بالاجماع لان المولى لا يضمن عبده لنفسه
فصار كما اذا مات حتف انفه او اعتقه
المولى بخلاف المرهون حيث يجب على المولى
الضمان بالاتلاف والعتق لانه فوّت
الاستيفا الحاصل بعقد الرهن والقبض

قال والصلح عن سكوت او انكار فداء
اليمين في حق المنكر وبيعا ومعاوضة في حق المدعي
لما بينا انه يجوز ان يكون لشي واحد حكمان
مختلفان باعتبار شخصين كالنكاح موجبه
الحل في المتناكحين والحرمة في اصولهما فيواخذ
كل واحد منهما بما يزعمه وهذا في الانكار ظاهر
لانه يتبين بالانكار انه انما يعطيه لقطع الخصومة
وفداء اليمين وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار
والانكار وجهة الانكار راجحة اذ الاصل فراغ
الذمم فلا يجب عليه بالشك ولا يثبت به كون
ما في يده عوضا عما دفع بالشك قال فلا
شفعة ان صالحا على دار بهما وتجب لو صالحا
على دار بهما اي المنكر والساكت اذا ادعى على كل
واحد منهما داره فصالح عنها بدفع شيء اخر
لم تجب في داره الشفعة لانه يدعي انها داره
وانه يستبقيها على ما كانت له وان المدفوع الى
المدعي ليس بعوض عنها وانما هو لافتداء
اليمين وقطع الخصومة ولو ادعى على كل واحد
منهما شيئا فصالح عنه على دار فدفعها الى المدعي
وجبت فيها الشفعة لان المدعي يدعي انه ياخذها
عوضا عما ادعى فكان بيعا ومعاوضة على زعمه
فتجب فيه الشفعة لان كل انسان يؤاخذ
بزعمه حتى لو ادعى عليه دارا فانكر فصالحه

عنها

عنها على دار اخرى وجبت الشفعة في التي
صالح عليها دون الاخرى لما ذكرنا وانكار
الاخر المعاوضة لا يمنع وجوب الشفعة
فيها الا ترى ان رجلا لو قال اذا اشتريت
هذه الدار من فلان وفلان ينكر ياخذها
الشفيع بالشفعة وكذا لو ادعى انه باع داره
من فلان وهو ينكر ياخذها الشفيع منه
بالشفعة لان زعمه حجة في حق نفسه قال ولو
استحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة
ورد البدل ولو بعضه فبقدره يعني لو ادعى
رجل على شخص شيئا فانكر ثم صالحه على شيء
ثم استحق المدعى كله او بعضه رد المدعي
العوض الذي اخذه كله او بعضه بقدر ما
استحق على المدعى عليه ورجع بالخصومة
مع المستحق لانه اخذه على زعمه عوضا
عما ادعى فاذا استحق ذلك يرجع عليه
المدعى عليه بنا على زعمه كانه اشتراه
منه ولان المدعى عليه لم يدفع العوض
الا ليدفع خصومته عن نفسه ليبقى
المدعى في يده من غير خصومة احد فاذا استحق
لم يحصل له مقصوده وتبين ايضا ان المدعي
لم يكن له خصومة فيرجع عليه فصار
نظير ما اذا ادى المكفول عنه المال

الى الكفيل ليقضي الدين عنه من عنده ويكون
له ذلك ثم قضى المكفول عنه الدين رجع
على الكفيل بما اعطاه لان غرضه لم يحصل
له وانما يرجع المدعي بالخصومة لان
المستحق قام مقام المدعى عليه حين
اخذ المدعى منه فيكون له ان يخاصمه
قال **ولو استحق المصالح عليه او بعضه**
رجع الى الدعوى في بعضه او كله اي استحق
الذي وقع عليه الصلح في يد المدعي رجع
المدعي الى الدعوى في كله ان استحق كل
العوض او في بعضه ان استحق البعض
لان المدعي ما ترك الدعوى الا ليسلم
له البدل فاذا لم يسلم له رجع بالمبدل
وهو الدعوى بخلاف ما اذا وقع الصلح
بلفظ البيع بان قال احدهما بعتك هذا
الشي بهذا وقال الاخر اشتريت حيث
يرجع المدعي عند الاستحقاق على المدعى
عليه بالمدعى نفسه لا بالدعوى لان اقدام
المدعى عليه على المبايعة اقرار منه بان المدعى
ملك المدعي فلا يعتبر انكاره بخلاف الصلح
لانه لم يوجد ما يدل على انه اقرار بالملك
له اذ الصلح قد يقع لدفع الخصومة قال
وهلاك بدل الصلح قبل التسليم كاستحقاقه

3

في الفصلين اي في فصل الاقرار وفي فصل الانكار
والسكوت فاذا كان كاستحقاقه يبطل
به الصلح لان هلاك البدل في البيع يبطل
البيع فكذا هذا وهذا في فصل الاقرار
ظاهر لانه بيع حقيقة على ما مر فكذا في
فصل الانكار والسكوت لانه بيع في حق
المدعي فيبطل بهلاكه فلو هلك بعضه
يكون كاستحقاق بعضه حتى يبطل الصلح
بقدره ويبقى في الباقي كما في الاستحقاق
هذا اذا كان البدل مما يتعين فان كان
مما لا يتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير
لا يبطل بهلاكه لانهما لا يتعينان في العقود
والفسوخ فلا يتعلق العقد بهما عند
الاشارة اليهما وانما يتعلق بمثلهما في الذمة
فلا يتصور فيه الهلاك قال **الصلح جايز**
عن دعوى المال لانه في معنى البيع في حقهما
ان وقع عنه بمال عن اقرار وفي حق المدعي
وحده ان وقع عن انكار او سكوت وفي
حق الاخر لافتداء اليمين وقطع الخصومة
وفي معنى الاجارة ان وقع عنه بمنافع
وكل ذلك جايز على ما بينا قال **والمنفعة**
يعني الصلح عن دعوى المنفعة ايضا جايز
ويكون في معنى الاجارة ان وقع عنه بمال

بالتعيين م

فصل

او بمنافع لان المنافع يجوز اخذ العوض
عنها بعقد الاجارة فكذا بعقد الصلح الا
ترى ان الورثة لو صالحوا الموصى له
بالخدمة على مال او منفعة جاز فهذا
اولى لكونه معلوما لان لها مدة متناهية
لكن انما يجوز الصلح عن المنافع على المنفعة
اذا كانتا مختلفتي الجنس بان يصالح عن
السكنى على خدمة العبد او زراعة الارض
او لبس الثياب اما اذا اتحد جنسهما كما
اذا صالح عن السكنى او عن الزراعة
فلا يجوز لانه لا يجوز استيجار المنفعة
بجنسها من المنافع فكذا الصلح وعند
اختلاف الجنس يجوز استيجارها بالمنفعة
فكذا الصلح قال والجناية يعني
الصلح جائز عن دعوى الجناية وهذا اللفظ
يتناول الجناية على النفس وما دونها
عمدا كان او خطأ سواء عن اقرار او انكار
او سكوت اما العمد في النفس فلقوله
تعالى فمن عفي له من اخيه شيء فاتباع بالمعروف
قال ابن عباس والضحاك والحسن
نزلت الاية في الصلح عن دم العمد ومعناها
من بذل له بدل اخيه المقتول مالا وذلك لا يكون
الا بالصلح ولانه حق ثابت في المحل في حق

الفعل

الفعل فجاز اخذ العوض عنه كالملك
النكاح وما جاز ان يكون مهرا جاز
ان يكون بدل الصلح وذلك مثل الاموال
المعلومة والمنافع المعلومة وما لا
يصلح مهرا لا يصلح بدلا عن العمد
مثل الخمر والخنزير لكن في النكاح
يجب ~~في الصلح~~ مهر المثل لان النكاح
~~يتقوم حالة الدخول ومهر المثل~~
~~قيمته لانه هو الموجب~~ لم يشرع
بلا مال والعفو مشروع بدونه مندوب
اليه ولهذا لو لم يسم شيئا فيهما يجب
في النكاح مهر المثل لان البضع متقوم
حالة الدخول ومهر المثل قيمته لانه
هو الموجب الاصلي وفي العفو لا يجب
شيء لانه لا يتقوم الا بالتقويم ولم يوجد
وهذا لان التقويم يكون بقيام غيره
مقامه والقصاص لا يقوم غيره مقامه
اذ لا يماثله غيره الا ان الشرع اجاز اخذ
عوضه عند اتفاقهما فجاز اخذه بخلاف
الصلح عن حق الشفعة على مال حيث
لا يجوز اخذه لانه لا حق له في المحل بل هو
ملك المشتري وانما له ان يتملك ان شاء
وذلك مجرد خيار فلا يجوز اخذ العوض

عنه كخيار المخيرة وخيار الشرط والروية
وخيار العيب وكالكفالة بالنفس ثم
اذا فسدت التسمية في الصلح كما اذا صالح
على دابة او ثوب غير معينين تجب الدية
لان الولي لم يرض بسقوطه حقه مجانا
فيصار الى موجبه الاصلي بخلاف ما اذا لم
يسم شيا او سمى الخمر ونحوه حيث لا يجب
شي لما ذكرنا ويسقط القصاص لان اقدامه
على الصلح يتضمن الابرا عنه وكذا
الخيارات التي ذكرناها والشفعة تسقط
لما ذكرنا واختلفوا في سقوط الكفالة به
فقيل لما ذكرنا وقيل لا يسقط لان الكفالة
بالنفس وسيلة الى المال غالبا فاخذ حكمه
فلا يسقط ما لم يحصل غرضه بخلاف ما ذكرنا
من الخلاف والقصاص واما الخطا في النفس
فلان موجبه المال والصلح عن دعواه
جايز على ما ذكرنا الا انه لا يصح الزيادة
على قدر الدية اذا وقع الصلح على احد
مقادير الدية للربا كما لا يجوز الصلح على
اكثر من الدين من جنسه في دعوى الدين
بخلاف الصلح عن القود حيث يجوز الزيادة
فيه على قدر الدية وكذا على الاقل وان كان
اقل من عشرة دراهم لانه لا موجب له في المال

وانما

تسقط صح

٤٩٧

والخالة ان يتملك ان شيا وذلك بمجرد خيار
فلا يجوز اخذ العوض عنه كخيار المخيرة وخيار
الشرط والروية وخيار العيب والكفالة
بالنفس ثم اذا فسدت التسمية في الصلح
كما اذا صالح على دابة او ثوب غير معينين
تجب الدية لان الولي لم يرض بسقوط
حقه مجانا فيصار الى موجبه الاصلي
بخلاف ما اذا لم يسم شيا او سمى الخمر
ونحوه حيث لا يجب شي لما ذكرنا واختلفوا
في سقوط الكفالة به قيل يسقط لما ذكرنا
وقيل لا يسقط لان الكفالة بالنفس وسيلة
الى المال غالبا فاخذ حكمه فلا يسقط ما لم
يحصل غرضه بخلاف ما ذكرنا من الخيار
والقصاص واما الخطا في النفس فلان موجبه
المال والصلح عن دعواه جايز على ما ذكرنا
الا انه لا يصح الزيادة على قدر الدية
اذا وقع الصلح على احد مقادير الدية
للربا كما لا يجوز الصلح على الاكثر من الدين من
جنسه في دعوى الدين بخلاف الصلح
عن القود حيث يجوز الزيادة فيه على
قدر الدية وكذا على الاقل وان كان اقل
من عشرة دراهم لانه لا موجب له في المال
وانما يجب بالعقد فيتقدر بتقديرهما بخلاف

النكاح حيث لا يجوز تسمية ما دون العشرة
فيه لانه مقدر به شرعا ولو وقع الصلح
على غير مقادير الدية جاز كيف ما كان
لعدم الربا الا انه يشترط القبض في المجلس
اذا كان ما وقع عليه الصلح دينا في الذمة
كي لا يكون افتراقا عن كالي بكالي ولو
قضى القاضي باحد مقادير الدية فصالح
عن جنس اخر منها بالزيادة جاز لان الحق
تعين فيه بالقضا فكان غيره من مقادير
الدية كجنس اخر فامكن الحمل على المعاوضة
بخلاف الصلح عن القود حيث يجوز الزيادة
فيه على قدر الدية وكذا على الاقل عليه
ابتدا لان تراضيهما على بعض المقادير
بمنزلة قضا القاضي فكما لا يجوز للقاضي ان
يقضي بالزيادة على الدية من جنسه لا يجوز
لهما ان يصالحا عليها لما يلزم من الربا
على ما ذكرنا ولو صالح على خمر فسد الصلح
ووجبت عليه الدية لان هذا صلح عن
مال فيكون نظير الصلح عن ساير الديون
وما دون النفس يعتبر بالنفس فيلحق
ما يوجب القصاص فيه بالعمد في النفس
وما يوجب المال فيه بالخطا فيها ثم لا يختلف
هذا الحكم في هذه الاشيا بين ان يكون

عن

عن اقرار او انكار او سكوت لما ذكرنا من المعنى
وانما يختلف فيها السبب من معاوضة
او افتدا بيمين قال وبطل الحد يعني بخلاف
ما اذا صالح عن دعوى حد بان دفع الزاني
او شارب الخمر او القاذف فصالح هو المرافع
حتى يترك الدعوى لا يجوز الصلح وله ان
يرجع بما دفع لان الحد وجب حق الله تعالى
لا حق المرافع والاعتياض عن حق الغير
لا يجوز وكذا لو ادعت المراة ان ولدها
من زوجها المطلق فانكر وصالحها على شي حتى
تترك الدعوى كان الصلح باطلا لان
النسب حق الولد وكذا لو كان لرجل ظلة
او كنيف على طريق العامة فخاصمه رجل
على نقضه فصالحه على شي كان الصلح باطلا
لان الحق في الطريق النافذ لجماعة المسلمين
فلا يجوز ان يصالح واحدا على الانفراد بخلاف
ما اذا صالح الامام عنه على مال حيث يجوز
لان للامام ولاية عامة وله ان يتصرف
في مصالحهم فاذا راى في ذلك مصلحة ينفذ لان
الاعتياض من المشترك العام جائز من
الامام ولهذا لو باع شيا من بيت المال صح
بيعه بخلاف ما اذا كان في طريق غير نافذ
فصالحه رجل من اهل الطريق حيث يجوز في حقه

لان الطريق محركة لا مثلها فيظهر في حق الاقرار
والصلح معه مفيد لانه يسقط تحقه ثم يتوصل
الى تحصيل حق الباقين فيجوز قال **ومن**
نكاح اي يجوز الصلح عن دعوى النكاح هذا
اذا كان الرجل هو المدعي والمراة تنكر
لانه امكن اعتبار الصحة فيه بان يجعل
في حقه في معنى الخلع لان اخذ المال عن ترك
البضع خلع والصلح يجب حمله على اقرب
العقود اليه على ما مر ذكره وفي حقها لافتداء
اليمين وقطع الخصومة فكان صحيحا وان
كانت هي المدعية والزوج ينكر ذكر في بعض نسخ
المختصر القدوري انه لا يجوز لانه لو جعل
ترك الدعوى منها طلاقا فالزوج لا يعطي
العوض في الفرقة اذ لم يسلم له شيء من
هذه الفرقة وهي يسلم لها المال والنفس
وان لم يجعل فرقة فالحال بعد الصلح
على ما كان عليه قبله فتكون هي على دعواها
فلا يكون هذا الصلح مفيدا لقطع الخصومة
فلا يصار اليه وذكر في بعضها انه يجوز لانه
يجعل كانه زادها على مهرها ثم خالعها على
اصل المهر دون الزيادة فيسقط المهر غير الزيادة
قال **ومن الرق وكان عتقا على مال** يعني
الصلح جائز عن دعوى الرق وكان في حق

خلعا صح

المدعي

المدعي بمعنى العتق على مال وفي حق الاخر
لدفع الخصومة لانه كان تصحيحه بهذا
الاعتبار فيجوز ولهذا يصح على حيوان في الذمة
الى اجل كالكتابة اعتبارا لزعم المدعي فان
الحيوان يثبت في الذمة دينا وصفة المال
كالنكاح والخلع غير انه لا ولاء له عليه لانه
ينكر العتق ويدعي انه حر الاصل الا ان يقيم
المدعي البينة بعد ذلك فيقبل بينته
في حق ثبوت الولاء عليه لا غير حتى لا يكون
رقيقا لانه جعل معتقا بالصلح فلا يعود
رقيقه وكذا كل موضع اقام بينة بعد الصلح
لا يستحق المدعي لانه باخذ البدل باختياره
نزل بايعا وكل موضع وقع فيه الصلح
والمدعي كاذب فيه لا يحل له فيما بينه وبين
الله تعالى اخذ العوض عنه ونظيره المقر له
اذا كان يعرف ان المقر كاذب لا يحل له الا اذا
سلمه اليه بطيبة نفسه فتكون حينئذ هبة
~~هبة~~ مبتداة فتطيب له قال **وان قتل**
العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز صلحه
عن نفسه وان قتل عبد له رجلا عمدا
فصالحه عنه جاز اي لو صالح العبد
المأذون له ولي المقتول عن عبده
جاز وعن نفسه لا يجوز وانما جاز عن عبده

دون نفسه لان المأذون له لا يجوز له ان
يتصرف الا فيما هو من باب التجارة ولا ينفذ
تصرفه في غيره وتصرفه في نفسه ليس من
التجارة فلا ينفذ في حق المولى اذا كان بعوض
لانه تصرف في مال الغير بغير اذنه وهو
المولى ولهذا لا يجوز له ان يبيع نفسه
ويصح بينه وبين المولى حتى لا يجوز له قتله
بعد العفو لانه مكلف فيصح تصرفه في نفسه
ولا يجب عليه البدل للحال لانه وما في يده
مال المولى ويتأخر الى ما بعد العتق كالامة
اذا خلعها زوجها على مال فقبلت وقع عليها
الطلاق بائنا لانه بعوض ويجب عليها المال
بعد العتق كانه طلق او صالح على دين مؤجل
وتصرفه في عبده من باب التجارة لان استخلاصه
كشرائه لانه باستحقاقه القتل صار كالزائل
عن ملكه وهو لو خرج عن ملكه كان له
ان يشتريه فكذا له ان يستخلصه بخلاف
المكاتب حيث يجوز له ان يصالح عن نفسه
لانه كالحر لخروجه عن يد المولى ولهذا لو ادعى
احد رقبته كان هو الخصم فيه واذا جني
عليه كان الارش له وكذا اذا قتل لا تكون
قيمته للمولى بل لورثته حتى يؤدي بها كتابته
ويحكم بحريته في اخر حياته ويكون الفضل لهم

فصار

فصار كالحر فيجوز صلحه عن نفسه ولا كذلك
العبد المأذون له فلا يجوز صلحه عن نفسه
قال ولو صالح عن المغصوب التلف بما
زاد على قيمته او على عرض صح ولو اعتق موسر
عبدا مشتركا فصالح الشريك على اكثر من
نصف قيمته لا وهذا عند ابي حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد لا يجوز الصلح في المغصوب
ايضا على اكثر من قيمته بما لا يتغابن الناس في
مثله لان القيمة هي الواجبة في ضمان العدوان
لانها هي التي يمكن وجوبها في الذمة دون العين
اذ العين ليست من ذوات الامثال فيكون
ما وقع عليه الصلح بمقابلة ما وجب في
الذمة وهي القيمة لا بمقابلة العين فيصير
ما زاد عليها ربا وهذا لان العين قد
هلكت ولم يبق لها اثر فلا يمكن ان يقابلها
شيء ولو امكن لجاز بيعها ايضا ومقابلة القيمة
ضرورة وهي مقدرة فلا يجوز الزيادة عليها
كما قلنا في الصلح عن قتل الخطأ وضمان
العتق لا يجوز الزيادة على مقادير الدية
وعلى نصف القيمة فصار كما اذا حكم الحاكم
بالقيمة ولهذا لو صالح على شيء موصوف
في الذمة غير الدراهم والدنانير الى اجل
لا يجوز ولو كان بها لا عن العين لجاز ولابي

حنيفة ان الضمان بدل عن العين المستهلكة
فيجوز الصلح بالغا ما بلغ كما اذا كانت قائمة
حقيقة وهذا لان الواجب في ذمته المثل
من كل وجه ذلك هو المثل صورة ومعنى
ولهذا يجب عليه ذلك في المقدرات فكذا في
القيمي لان وجوبها في الذمة ممكن الا ترى
ان الحيوان والثياب وغيرهما من غير
المقدرات يجب في الذمة في النكاح والكتابة
والخلع والدية وفي كل ما هو مبادلة مال
بغير مال فكذا في المغصوب اذ لا تعذر في نفس
الوجوب الا ان عند الاخذ يصار الى القيمة
ضرورة ان اخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن
لان الآخذ والدافع لا يعرفان حقيقة ذلك
لما فيه من التفاوت الفاحش ولا ضرورة
في حق الوجوب لان الموجب هو الله تعالى وهو
عالم به فكان الواجب مثله فاذا اخذ عوضه
اكثر من قيمته لا يكون ربا لانه ليس من اموال الربا
كما في حال قيام العين او نقول ان العين بعد الهلاك
باقية على ملك المغصوب منه ما لم يضمنه او يتقرر
حقه في القيمة بحكم الحاكم الا ترى انه
لو اختار ترك التضمين بقي العين في ملكه حتى يجب
الكفن عليه ولو كان آبقا فعاد من اباقه كان
مملوكا له فاذا كان كذلك فالضمان يكون عوضا

عن العين فلا ربا فيهما كما في حال قيام العين او
نقول ان الواجب في الاصل رد العين لقوله عليه
السلام على اليد ما اخذت حتى ترد وانما يصار
الى القيمة عند الضرورة وهي في حق الاخذ
ولا ضرورة في جعل المأخوذ بدلا عن القيمة
لامكان جعله بدلا عن العين والدية مقدرة
شرعا على ما بينا وكذا ضمان العتق منصوص
عليه فيكون مقدرا فلا يجوز الزيادة عليه لان
تقدير الشرع فوق تقدير القاضي وبه يتقدر
فكذا ما هو فوقه وانما لا يجوز الصلح على
موصوف في الذمة غير النقدين الى اجل
لان المستهلك لا يتوقف على اثره وما لا يتوقف
على اثره يكون في حكم الدين والافتراق
عن دين بدين لا يجوز فكيف اذا كان مؤجلا
حتى لو لم يكن مؤجلا وقبضه في المجلس جاز
ولو كان ذلك بدلا عن القيمة لما جاز الا اذا
كان معينا لانه يكون مبيعا حينئذ وبيع
ما ليس عند الانسان لا يجوز في غير السلم
ولو وقع الصلح على عرض جاز في جميع ما ذكرنا
من المقدرات لانه ليس عين الواجب وانما
هو بدل عنه بالاجماع قال ومن وكل رجلا
بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عليه
ما لم يضمنه بل يلزم الموكل هذا اذا صالح عنه

عن انكار او سكوت او عن اقرار في دم عمد
او فيما لا يحمل على المعاوضة كالصلح على
بعض الدين لان الوكيل في هذه الاشياء
سفير ومعبر وهذا لان الصلح على
الانكار معاوضة باسقاط الحق وكذا
الصلح عن القود واما الصلح عن بعض الديون
فاسقاط محض فصارت هذه الاشياء بمنزلة
الطلاق على مال ولهذا جاز هذا الصلح من
الاجنبي كما يجوز الخلع منه فلا يلزم الوكيل
شيء الا بالتزام كالوكيل في النكاح غير انه اذا ضمن
هنا وادى عنه يرجع على الموكل وفي النكاح
لا يرجع لان الامر بالصلح عنه امر بالاداء عنه
ليفيد الامر فائدته اذ الصلح عنه جائز
بغير امره فكان فائدة امره الرجوع عليه اداء
ضمن عنه بخلاف النكاح لانه لا ينفذ عليه من الاجنبي
فكان فائدة الامر فيه الجواز ثم ان ضمن بعد ذلك
وادى يكون متبرعا والامر بالخلع مثل الامر بالصلح
حتى يرجع على الامر ان ضمن وادى عنه واما ان صالح
عنه فيما يحمل على المعاوضة بان كان عن مال
بمال عن اقرار فان الوكيل يلزمه ما صالح عليه ثم
يرجع به على الموكل لان الوكيل اصيل في المعاوضة
المالية فيرجع الحقوق اليه دون الموكل قال
وان صالح عنه بلا امره صح ان ضمن المال او اضاف

لزم ونفذ

الى

الى ماله او قال على الف وسلم والا توقف فان
اجاز المدعى عليه جاز والا بطل وهذه المسالة
على اربعة اوجه لانه لا يخلو اما ان يضمن المال
او لا فان لم يضمن فلا يخلو اما ان اضاف الذي
وقع عليه الصلح الى نفسه او لا وان لم يضف
فلا يخلو اما ان يسلم العوض او لا فالصلح
جائز في الوجوه كلها الا الوجه الاخير وهو
ما اذا لم يضمن البدل ولم يضفه الى نفسه ولم
يسلمه الى المدعي اما الوجه الاول وهو ما اذا صالح
عنه بغير امره وضمن المال فالصلح فيه جائز
لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفي مثله
يستوي المدعى عليه والاجنبي لانه لم يسلم
للمدعى عليه شيء كما لا يسلم للاجنبي ومع ذلك
جاز اشتراط بدل الصلح على نفسه فكذا الاجنبي
والمقصود من هذا الصلح رضا صاحب الحق
لا رضا المدعى عليه اذ لا حظ فيه لان الوضع يفرض
الوضع المسالة
فيما لا يحمل على المعاوضة كدعوى القصاص واخواته
على ما بيناه آنفا والمدعي ينفرد بهذه الامور
غير انه لم يرض بسقوط حقه مجانا فاذا سلم
له العوض من جهة المتبرع صح ولزم لتمام رضاه
والا توقف على اجازة المدعى عليه وسلامته يكون
بالضمان لانه اذا لم يلزمه بالعقد لكونه سفيرا
فيه يلزمه بالضمان لولايته على نفسه فتم

رضاه به وكذا ابا لاضافة الى نفسه بان
يقول صالحتك على الفي هذه او على عبدي هذا
لان الاضافة الى نفسه التزام منه للتسليم
الى المدعي وهو قادر على ذلك فيجب عليه تسليمه
وصار كالموضمن فيصح لتمام رضاه به والمعرف
المشار اليه بان قال صالحتك على هذا العبد
او على هذا الالف كالمضاف الى نفسه لانه
تعين للتسليم اليه بشرطه فيتم به الصلح
وكذا بتسليم العوض اليه بان عقد المتبرع
عقد الصلح بان قال صالحتك على الف ولم
يضمن ولم يضفه الى نفسه ولكنه سلم اليه
العوض المشروط لانه بالتسليم اليه حقيقة تم
رضاه به وبرئ المصالح عنه ولم يحصل للمصالح
شي لانه متغير ومعتبر بخلاف ما اذا صالح
عن عين في يد المدعى عليه وهو منكر انه للمدعي
حيث يملك المتبرع العين لانه معاوضة
من كل وجه فيكون مشتريا لنفسه من مالكه
فيملكه اذا الشرا لا يتوقف اذا وجد نفاذا
بل ينفذ عليه ولو استحق العوض في الوجوه
التي تقدمت او وجده زيوفا او ستوقة
لم يرجع على المصالح لانه متبرع التزم تسليم
شي معين ولم يلتزم الايفا من غيره فلا يلزمه
شي اخر لم يلتزمه اذ ليس على المحسنين من

فصار فوق الضمان والاضافة الى نفسه فاذا حصل العوض في هذه المواضع الثلثة تم رضاه به صح

سبيل

سبيل ولكن يرجع بالدعوى لانه لم يرض
بترك حقه مجانا الا في صورة الضمان فانه
يرجع على المصالح لانه التزمه بالضمان فصار
دينا في ذمته ولهذا لو امتنع من التسليم
يجبر عليه بخلاف غيرها من الصور والرابع
ان يصالحه على الف ولم يضمن ولم يضف
العوض الى نفسه بان قال صالحتك على
الف فالحكم فيه ان يكون موقوفا لانه لم
يسلم للمدعي عوض فلم يسقط حقه مجانا لعدم
رضاه به فان اجازه المدعى عليه جاز ولزمه
المشروط لالتزامه باختياره وان رده
بطل لان المصالح لا ولاية له على المطلوب
فلا ينفذ عليه تصرفه والخلع في جميع ما ذكرنا
من الاحكام كالصلح وجعل في بعض شروح
الجامع في باب الخلع الالف المشار اليها والعبد
المشار اليه مثل الالف المنكر حتى جعل القبول
الى المراة والله اعلم باب

الصلح في الدين قال الصلح عما استحق
بعقد المداينة اخذ لبعض حقه واسقاط
للباقي لا معاوضة هكذا ذكر في نسخ هذا المختصر
بقوله عما استحق وهذا اشهر لانه اذا صالح
عن الدين لا يكون جميع صوره استيفا لبعض
حقه واسقاطا للباقي وانما يكون كذلك

ان لو وقع الصلح عن الدين على بعض الدين
الا ترى انه لو وقع عن الدين بجنس اخر
يحمل على المعاوضة والصواب ان يقال
الصلح على ما استحق بعقد المداينة الى اخره
فانه يكون اصلا جيدا لا يرد عليه نقض
وهكذا ذكر القدوري في مختصره بقوله وكل شي
وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة
لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى
في بعض حقه واسقط باقيه وذكر بعضهم
ان الاحسان متى وجد من احد الجانبين
يكون تبرعا وان وجد من الجانبين يكون
معاوضة وانما لا يحمل على المعاوضة اذا
وقع على بعض الدين لان في حمله عليها
فساد العقد للربا وفي حمله على انه استوفى
بعض حقه واسقط الباقي جوازه فكان
اولى حملا لامور المسلمين على الصحة ما امكن
وظاهر حاله يدل على ذلك لانه يطلب الصحة
دون الفساد اذ عقله ودينه يمنعانه
عن محظور دينه قال فلو صالح عن الف
على نصفه او على الف موجل جاز لانه
يجعل مستوفيا لنصف حقه ومسقطا للنصف
في الاولى وفي الثانية يجعل كانه اجل نفس
الحق فيتعين بالجواز ولو حمل على المعاوضة لفسد

لان

لان بيع الدراهم بالدراهم لا يجوز الا مثلا
بمثل يدا بيد فلا يمكن حمله عليه وكذا لو صالحه عن الف
على خمسماية موجلة جاز كانه ابرا عن
النصف واخر النصف وهذا لو صالح عن
الف جياد على خمسماية زيوف حالة او
موجلة جاز فيجعل مسقطا للقدر والصفة
ومستوفيا لبعض حقه ومؤخرا لان من استحق
الجياد يستحق الزيوف ولهذا لو تجوز
به في الصرف والسلم جاز ولو لم يستحقه
بالعقد لما جاز لان المبادلة براس مال
السلم وبدل الصرف لا يجوز بخلاف عكسه
وهو ما اذا كان له الف زيوف فصالحه
على خمسماية جياد حيث لا يجوز لانه لا يمكن
حمله على انه استوفى بعض حقه واسقط
الباقي لانه لا يستحق الجياد فيكون معاوضة
ضرورة فلا يجوز التفاضل فيها لان جيدها
ورديها سوا على ما عرف في موضعه وكذا
لو كان له الف موجلة فصالحه على خمسماية
حالة لا يجوز لانه لا يستحق الحال فلا يمكن
حمله على انه اخذ عين حقه فيكون مبادلة
بالضرورة فلا يجوز الا مثلا بمثل لما ذكرنا
قال ولو على دنانير موجلة او عن الف
موجلة او سود على نصف حالا او بيض لا

يعني لو صالحه من الف درهم على دنانير موجلة
او عن الف موجل على خمسماية حالة او عن
الف سود على خمسماية بيض لا يجوز لان من
له الدراهم لا يستحق الدنانير فكان معاوضة
فلا يجوز تاجيله ومن له دين موجل لا يستحق
الحال وكذا من له الدراهم السود لا يستحق
البيض لانها اجود على ما بينا فيكون
اخذه بطريق المعاوضة لا بطريق الاستيفا
وشرط صحة المعاوضة في الجنس المتحد
القدر المساواة ولم يوجد فلهذا بطل الصلح
حتى لو صالحه على الف حالة عن الالف الموجلة
او صالحه على الف بيض عن الالف السود
جاز بشرط قبضه في المجلس لوجود المساواة
في القدر وهو المعتبر في الصرف دون
المساواة في الصفة ولو كان له عليه الف
فصالحه على طعام موصوف في الذمة موجل
لم يجز لانه يكون افتراقا عن دين بدين
فلا يجوز ولو كان عليه الف درهم ومائة
دينار فصالحه على مائة درهم جاز سوا كانت
حالة او موجلة لانه يجعل اسقاطا للدنانير
كلها وللدراهم الا مائة وتاجيلا للمائة التي
بقيت فلا يحمل على المعاوضة لان فيه فسادا
ولان جهة الاسقاط ارجح لان الصلح مبنى

على الاغماض ولهذا جاز عن المجهول والاصل
في جنس هذه المسايل انه متى كان الذي
وقع عليه الصلح ادون من حقه قدرا ووصفا
ووقتا او في احد هذه الاشيا فهو اسقاط
للبعض واستيفا للباقي لانه استوفى دون
حقه وان كان ازيد منه بمعنى انه دخل
فيه ما لا يستحق فيه من وصف او ما هو
بمعنى الوصف كتعجيل المؤجل ومن اختلاف
الجنس فهو معاوضة لتعذر جعله استيفاء
في غير المستحق فيشترط فيه شروط المعاوضة
وانما كان تعجيل المؤجل كالوصف لان المعجل
خير من المؤجل ولهذا ينقص الثمن لاجله
فيكون الحط بمقابلة الاجل فيكون ربا فلا
يجوز الا اذا صالح المولى مكاتبه عن الف موجلة
على خمسماية حالة فانه يجوز لان معنى
الارفاق فيما بينهما اظهر من معنى المعاوضة
فلا يكون هنا مقابلة الاجل المال ببعض
المال ولكنه ارفاق من المولى بحط بعض
البدل وهو مندوب اليه في الشرع
ومساهلة من المكاتب فيما بقي قبل حلول
الاجل ليتوصل به الى شرف الحرية
وهو ايضا مندوب اليه في الشرع قال
ومن له على اخر الف فقال اد غدا نصفه

علی انك بری من الفضل ففعل بری والا
لا ای ان لم یؤد غدا النصف وهو خمسمائة
لا یبرا وهذا عند ابی حنیفة ومحمد وقال
ابو یوسف یبرا وان لم یؤد ولا یعود
الیه الخمسمائة الساقطة ابدا لان اشتراط
الاداء ضایع لان النقد واجب علیه فی کل
زمان یطالبه هو فیه اذا کان علیه حال
فبطل التعلیق وصار ابرا مطلقا ولهذا
لانه جعل اداء الخمسمائة عوضا لان کلمة
علی للمعاوضة والاداء لا یصلح عوضا لانه
واجب علیه قبل الصلح وهو لم یذکر
للابرا عوضا سواه والعوض هو المستفاد
بالعقد ولم یستفد شیئا فصار وجوده
کعدمه فحصل الابرا مطلقا کما اذا بدا
بالابرا بان قال ابراتك من خمسمائة
من الالف علی ان تعطینی خمسمائة غدا
بخلاف ما اذا قال فان لم تنقد غدا فلا صلح
بیننا لانه مفید وهو تعلیق الفسخ بعدم
النقد فانه بمنزلة خیار الشرط ولهذا جاز
فی البیع ایضا علی ما ذکروا لهما ان کلمة علی
تکون للشرط کما تکون للمعاوضة فتحمل علیه عند
تعذر حملها علی المعاوضة لما ذکرنا تصحیحا لتصرفه
فاذا کان للشرط جاز تقییدا لابرا به

لانه

لانه یحتمل التقیید به وان لم یحتمل
التعلیق به کما فی الحوالة فان الابرا لا
یبرا بتقیید علی صفة وهو سلامة العوض
له من المحال علیه فصار کما اذا ابراه عن
البعض بشرط ان یعطیه کفیلا بالباقی او
رهنا فاذا احتمل ذلك وجب حمله علیه
لان للناس غرضا فیه حذارا افلاسه
او توسلا الی تجارة اربح منه بخلاف
ما اذا قدم الابرا لانه بری بالبدایة
به فلا یعود الدین بالشك وفیما نحن فیه
لم یبرا فی اوله واخره معلق بشرط
فلا یسقط الدین بالشك وهذا لان
کلمة علی محتملة فعلی تقدیر ان یکون
للشرط لا یبرا مطلقا وانما یبرا بالاداء علی
تقدیر ان تکون للعوض یبرا مطلقا فلا یبرا
بالشك والاحتمال ثم هذه المسالة
علی وجوه احدها ما ذکرنا والثانی ان یصرح
بالتقیید بان یقول صالحتك عن الالف
علی خمسمائة تدفعها الی غدا وانت بری
من الزیادة علی انك ان لم تدفعها الی غدا
لا تبرا من الباقی فیکون الامر کما قال لانه
صرح بما یحتمله اللفظ فلا یزاحمه غیره
والثالث اذا قال ابراتك من خمسمائة

من الالف على ان تعطيني خمسمائة غدا
فحكمه ان يبرا مطلقا ادى خمسمائة في الغد
او لم يود لان البراة قد حصلت بالاطلاق
اولا فلا تتغير بما يوجب الشك في اخره
على ما ذكرنا في الفرق بين هذه المسالة
والاولى والرابع ان يقول ادّ الي خمسمائة على
انك برئ من باقيه ولم يوقّت للادا وقتا
فحكمه ان يبرا مطلقا لانه ابرا مطلق اذ لم
يُوَقِّتْ له وقتا وليس فيه غرض صحيح
لان الادا واجب عليه في مطلق الزمان
فلا يحمل على التقييد ويحمل على المعاوضة
وهو لا يصلح عوضا لان العوض اسم لما استفيد
بالعقد والادا واجب قبله فلغا بخلاف
المسالة الاولى لان الادا فيها مقيد بالادا
في الغد وهو غرض صحيح على ما بينا فيتقيد
به والخامس اذا قال ان اديت الي خمسمائة
او اذا اديت او متى اديت فحكمه انه لا يصح
لانه تعليق بالشرط صريحا والبراة لا تحتمل
التعليق بالشرط لانها من معنى التمليك
لانه تمليك ما في ذمته ولهذا يرتدّ
بالردّ بخلاف الطلاق والعتاق لانه
اسقاط فيجوز تعليقه بالشرط لانهما
بخلاف ما تقدم من انواع هذه المسالة

لانه

٥٠٧

لانه لم يعلقها فيها بصريح الشرط دائما
اتى بالتقييد فصار كالمضاف الى وقت
بل هو مضاف الى الوقت فلا ينافي كونه
صحيحا في الحال فلا يكون معلقا بالخطر
من كل وجه قال ومن قال لاخر لا اقرّ
لك بما لك حتى تؤخره عني او تحطّ يعني
بعضه ففعل صح عليه لانه ليس بمكره
لتمكنه من اقامة البينة او التحليف فيَنكُل
وهو نظير الصلح مع الانكار لان كل
واحد منهما لا ينافي الطوع والاختيار
في تصرفه انتهى ما في الباب انه مضطر
لا يمنع من نفوذ تصرفه كبيع ماله بالطعام
عند المخمصة فصل قال دين
بينهما صالح احدهما عن نصيبه على
ثوب فلشريكه ان يتبع المديون بنصفه
او يا خذ نصف الثوب من شريكه الا ان
يضمن ربع الدين اي الا ان يضمن الصالح
لشريكه ربع الدين لان احد الشريكين
لا يختص بالمقبوض اذ لا يجوز قسمته
قبل القبض والمقبوض جزء من الدين
فقضيته ان يضمنه ربع الدين ولا
يكون له سبيل على الثوب كما في فصل
الشرا لانه اخذ عوضه لكن الصلح مبني

على الخطّ فلو الزمناه ربع الدين لتضرر
المصالح لانه قد لا يبلغ قيمة الثوب
كله ربع الدين فاثبتنا له الخيار بين
ان يرجع على الدين بنصيبه وبين
ان يأخذ نصف ما وقع عليه الصلح
واذا رجع على المصالح اثبتنا للمصالح
الخيار ايضا بين ان يدفع نصف ما وقع
عليه الصلح او ربع الدين دفعا للضرر
عنهما بقدر الامكان بخلاف فصل
الشرا او الاقتضا لنصف الدين لان الشرا
مبنى على المماكسة فالظاهر انه استوفى
قد رحقه بل اكثر فلا ضرر عليه بالرجوع
اى المضايقة
بربع الدين وفي فصل الاقتضا وهو قبض
نصف الحق وهو مشترك بينهما لما ان قسمة
الدين قبل القبض لا يتصور لانه معنى
في الذمة فيأخذ حصته منه اذ لا ضرر
عليه فيه فجعلنا المقبوض كانه عين حقه
وان كان غيره حقيقة ولهذا يملكه القابض
وانما يملكه بالقبض لان المقبوض عين
والعين غير الدين حقيقة وقد قبضه
بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه
فيه ويضمن لشريكه حصته لما ذكرنا
والدين المشترك ان يكون واجبا بسبب

سحد

سحد كمثل المبيع بان كان لكل واحد
منهما عين على حدة او كان لهما عين واحدة
مشتركة بينهما وباعا الكل صفقة واحدة
من غير تفصيل ثمن نصيب كل واحد منهما
او قيمة العين المشتركة المستهلكة او بدل
القرض من المال المشترك بينهما او يكون
الدين موروثا بين اثنين ثم ان المصنف
قيده بكون الصالح عنه مالا حقيقة بخلاف
الدين وقيده بكون المصالح عليه ثوبا
ومراده خلاف جنس الدين لانه لو صالح
على جنسه يشاركه فيه او يرجع على المدين
وليس للقابض فيه خيار لانه بمنزلة قبض
بعض الدين ولا فرق فيما ذكرنا من الحكم
بين ان يكون الصلح عن اقرار او سكوت
او انكار لان المدعيين يتصادقان على
ان لهما على المدعى عليه دينا يأخذه بدل عنه
در عمهما يكون حجة عليهما ولو اراد القابض
ان يختص به ولا يرجع عليه شريكه فيما قبض
فالحيلة فيه ان يهبه الغريم قدر
دينه ثم يبرئه عن دينه او يبيع الطالب المديون
كفا من زبيب او نحوه بقدر نصيبه من
الدين ثم يبرئه عن الدين ويأخذ الزبيب
قال ولو قبض نصيبه شاركه فيه

ديناً لانه لو كان الصلح عن عين
مشتركة تختص المصالح وليس
لشريكه ان يشاركه فيه لكونه
معاوضة من كل وجه لان المصالح عنه
صح

ورجحا بالباقي على الغريم لان قسمة
الدين لا يتصور والمقبوض بدل عنه
فله ان يشاركه فيه ان شا لكونه عين
حقه من وجه كان له ان يشاركه فيه
بخلاف ما اذا اشترى به ثوبا حيث
لا يكون له ان يشاركه فيه لانه مبادلة من
كل وجه بل يضمنه ربع الدين ان شا لانه
اتلف عليه نصيبه وان شا رجع على
الغريم لان حقه عليه في الحقيقة
وانما كان له ان يشاركه في الثوب في فصل
الصلح كيلا يلزم المصالح الضرر ومتى
انتفى الضرر لما ذكرنا فيرجع الدين ثم
يرجعان على الغريم لاستوائهما في الاقتضا
ولو سلم له المقبوض واختار متابعة
الغريم ثم توى نصيبه بان مات
الغريم مفلسا رجع على القابض بنصف
ما قبض فان التسليم بتقييد بشرط سلامة
الباقي له فاذا لم يسلم له رجع عليه كما في
الحوالة لكن ليس له ان يرجع في عين
تلك الدراهم المقبوضة لان حقه فيها
قد سقط بالتسليم فلا يعود حقه فيها
بالتوى ويعود الى ذمته مثلها قال
ولو اشترى شيا بمنه ربع الدين يعني

ان

حتى كان للطالب ان يأخذ منه
اذا ظفر به بغير اذن الغريم ويجبر الغريم
على القضاء ولا اجبار على المبادلة
فاذا كان عين حقه من وجه ح

٥٠٩

ان شا لانه صار قابضا لنصيبه بالمقاصة
ولا ضرر عليه لان مبنى البيع على المماكسة
بخلاف الصلح على ما بينا ولا يقال قسمة الدين
لا يتصور فكيف يتصور المقاصة فيه لانا
نقول قسمة الدين قبل القبض يجوز ضمنا
وانما يجوز قصدا وهنا وقعت في ضمن صحة
الشرا او صحة المصالحة وكم من شي يصح ضمنا ولا
يصح قصدا وللغريم ان لا يتبع القابض في
الجميع ويرجع على المدين لان القابض قبض
حقه الا ان له حق المشاركة فكان له ان
يشاركه ولو كان للمطلوب على احدهما دين
قبل وجوب دينهما عليه حتى صار دينه قصاصا
له فلا ضمان عليه لانه قضى دينا عليه كان
عليه لما عرف ان آخر الدينين قضاء لاولهما
وبه لا يجب الضمان وانما يجب بالاقتضا وكذا المشاركة
لا يجب بالقضا وانما يجب بالاقتضا ولو ابراه احدهما
عن نصيبه فكذلك لا يضمن لان الابرا فوق
الصلح في الشرع لانه لم يقبض شيا فاذا لم
يضمن في الصلح ففي هذا اولى ان لا يضمن ولو ابراه
عن البعض كانت قسمة الباقي بينهما على ما بقي
من السهام لان الحق عاد الى هذا القدر ولو غصب
احدهما عينا من المدين او اشترى منه شراء
فاسدا فهلكت عنده فهو قبض لانه بالهلاك وجب

اي المضايقة

للغريمين عليه دين فالتقيا قصاصا ودين
الغريمين آخر بما نيكون قصاصا من الغريم
واقتضاء من الطالب فيضمن لشريكه
والاستيجار بنصيبه كالشراء بنصيبه
حتى يضمن ربع الدين لان للمنافع حكم المال
وعن محمد انه اذا اضاف العقد الى الدين
لا يرجع عليه لانه اتلاف ولو احرق احدهما
متاع المطلوب بالنار لا يكون قبضا
عند ابي يوسف حتى لا يرجع عليه شريكه
لانه لم يحصل في يده شئ بخلاف الغصب
ثم الاحراق بالنار حيث يرجع عليه وان
اتلفه بالاحراق لان الضمان حصل بالقبض
فيستند اليه فيملكه من ذلك الوقت بخلاف
ما اذا احرقه في يد مالكه من غير قبض لانه
كما هو قبض ثم يرجع عليه لانه بالاحراق
وجب عليه الضمان فصار دينا في ذمته فالتقيا
قصاصا وقد ذكرنا ان آخر الدينين قضاء
للاول فصار مقتضيا ثم يرجع عليه وتزوج بتزوج
احدهما بنصيبه بان كان لهما دين على
امرأة فتزوجها عليه نفسه او على مولى الامة
فزوجها المولى منه عليه او على المكاتبة او على
المكاتبة او على الامة المأذون لها فتزوجها عليه
باذن المولى ليس بقبض في ظاهر الرواية
خ

حتى

حتى لا يرجع عليه شريكه لانه لم يسلم له شئ
يمكنه المشاركة فيه فصار كالجناية على نفس
المدين وكالابراء وعن ابي يوسف انه
يرجع عليه لوجود القبض بطريق المقاصة
على ما بينا والصحيح الاول لانه اتلاف
ولان النكاح يتعلق بعين الدين عند الاضافة
اليه فتملكه بعينه ثم يسقط عن ذمتها
كالهبة بخلاف ما اذا لم يضف العقد
اليه بان سمى دراهم مطلقة ثم وقع التقاص
بنصيبه حيث يرجع عليه شريكه لانه لم يسلم
له شئ يمكنه المشاركة فيه فصار كالجناية
على نفس الدين وكالابراء وعن ابي يوسف
انه يرجع عليه لوجود القبض بطريق
المقاصة على ما بينا والصحيح الاول
لانه اتلاف ولان النكاح يتعلق بعين
الدين عند الاضافة اليه فتملكه بعينه
ثم يسقط عن ذمتها كالهبة بخلاف ما اذا
لم يضف العقد اليه بان سمى دراهم مطلقة
ثم وقع التقاص بنصيبه حيث يرجع عليه
شريكه بالاجماع لانه لم يتملكه وانما تملك
غيره فالتقيا قصاصا والصلح عليه عن جناية العمد
ليس بقبض لانه لم يملك شيئا قابلا للشركة
بمقابلته ولو اخر احدهما نصيبه لم يجز عند

ابي حنيفة وعند ابي يوسف يجوز ومحمد
معه في رواية ومع ابي حنيفة في اخرى
لابي يوسف انه ابرا موقت فيعتبر بالابرا
المؤبد ولانه تصرف في خالص حقه فلا
يمنع منه ولا يكون ذلك قسمة الدين
بل يبقى كل واحد من النصيبين على
الشركة وذلك بان يكون المؤجل بينهما
اذا حل الاجل يرجع المؤخر على القابض
عند حلول الاجل ولابي حنيفة انه يؤدي
الى قسمة الدين قبل القبض وهي لا يجوز فيه
لان القسمة فيها معنى تمييز الحقوق والافراز
وفيها معنى التمليك والمبادلة والدين
لا يتصور فيه التمييز ولا يجوز تمليكه من
غير من عليه الدين لانه وصف في الذمة
فبطل وانما قلنا انه يؤدي الى قسمة الدين
لان الحال والمؤجل مختلفان وصفا وحكما
حتى لا يطالب الساكت بنصيبه في الحال فكيف
يتصور هذا الاختلاف بينهما من غير
قسمة وهو دعوى عدم القسمة فيه بعد
ذلك الادعوى المحال ولان فيه ضررا على
شريكه بان يحمل مؤنة الطلب عليه فقط
بيانه ان الساكت يطالب بنصيبه في الحال
فاذا خلص منه رجع عليه به عند حلول

قوله حتى لا يطالب الصواب اسقاط الا

هو بنصفه عند حلول الاجل ثم رجعا
على الغريم فيؤخر هو نصيبه ايضا مثل
ما اخر في الاول فيطالب الساكت
بنصيبه فاذا خلص منه رجع عليه
صح

الاجل ولم يزل يعمل هكذا الى ان يستوفي
الكل وفيه تفويت غرضه بمنعه من
وصول حقه له في الحال وهذا ضرر
ظاهر لا يخفى على احد فلا يمكن منه كما لا
يمكن احد الشريكين ان يكاتب نصيبه
بغير رضى الاخر بخلاف الابرا لانه لا ضرر
عليه فيه وهو ايضا لا يؤدي الى قسمة
الدين لان القسمة انما تكون مع بقا النصيبين
ملكا للشريكين ولم يبق للمبرئ فيه ملك
فلا يكون قسمة وانما هو اتلاف لنصيبه
فقط ولذلك جاز قبل القسمة الا يرى
انه لو اقر بنصيبه من الدين لانسان
صح اقراره وصار ملكا للمقر له لكونه
اتلافا لنصيبه ولو كان قسمة لما جاز
ذلك قال **ويبطل صلح احد رب السلم
عن نصيبه على ما دفع** اي على ما دفع من
راس المال وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو
يوسف يجوز هذا الصلح وانما شرط ان يكون
هذا الصلح على راس المال لانه لو كان على غيره
لا يجوز بالاجماع لما فيه من الاستبدال بالمسلم
فيه لابي يوسف انه تصرف في خالص حقه
فيجوز كما في ساير الديون وهذا لان الصلح
فيه على راس المال كالصلح في غيره على ما اراد

من المال الا يرى انه يجوز اذا اجازه
شريكه فيشاركه في المقبوض ويرجعان
على الغريم فاذا كان كذلك وجب ان ينفذ
في حصته ثم يكون لشريكه الخيار ان شا شاركه
فيما قبض ويكون الدين بينهما وان شا
رجع على المسلم اليه كساير الديون
وكاقالة نصيبه في المبيع المعين ولهما ان
هذا العقد جمعهما فلا ينفرد احدهما بفسخه
وهذا لان المشترك فيه لم يكن موجودا قبل
العقد وجواز التصرف فيه باعتبار وجوبه
بالعقد والعقد قد تم بهما قصار كل واحد (اي بالشريكين)
منهما بالتصرف كشطر العلة وشطر العلة
لا يثبت به شي من الحكم ما لم يتم ذلك باجازة
الاخر كما لو زوج احد المعتقين المعتقة
بخلاف شراء العين فانها اصل لوجود
العقد حتى لا يجوز العقد الا بوجودها
فكذا يكون امتثالا لمحل الرفع لان العين
موجودة حسا ومعاينة قبل العقد وكان
لكل واحد منهما ولاية التصرف فيها ولا
يستفيده بالعقد فكذا ارتفعه لتمام
العلة فيها وفي المسلم فيه لا يثبت الملك
الا بالعقد ولا ولاية التصرف فيه الا به
فكان فعلهما علة ثبوت الشركة والولاية

لانه

ولانه لو جاز في نصيبه خاصة بدون اذن
شريكه لكان قسمة للدين وهو في الذمة
ولو جاز في نصيبهما من غير اذنه فلا بد
من اجازته دفعا للضرر عنه ولانه يلزم
من رجوع شريكه عليه عود الدين وهو
المسلم فيه الى الذمة والمسلم فيه لا يعود
بعد سقوطه ولهذا لو تقايلا لا يتم فسخها
الاقالة لا ينفسخ بخلاف بيع العين
ويجوز منه ايضا ان يجوز سلمه ثانيا
حتى يسقط عنه ما عاد الى ذمته وكذا
ثالثا ورابعا الى ان لا يبقى منه شي لان
غرضه براءة ذمته ولن يحصل ذلك الا
بسقوط الكل هذا اذا كان راس المال
مخلوطا فلا اشكال فيه وان لم يخلطا ونقد (الاحسن بالواو بوزنه فلا اشكال)
كل واحد منهما على حدة اختلفوا فيه فقال
بعضهم يجوز عندهما ايضا لان المانع كونه
يؤدي الى العود بعد سقوطه ولم يوجد
هذا المعنى هنا لان الدافع ياخذ منه
ما دفعه اليه وليس للاخر ان يشركه فيه
لانه لم يدفع اليه شيئا اخر فلا يؤدي الى
عوده بعد السقوط وقال بعضهم هذه
الصورة ايضا على الخلاف لان عدم الجواز
عندهما لكونه يؤدي الى القسمة قبل القبض

اولان العقد حهت الى اخر ما ذكرنا وقد
وحد منه المعنى هنا فلا يجوز وهو الصحيح
لان العلل التى ذكرنا ها كل واحدة منها
مبطلة لكن عند عدم الخلط يبطل بعلة
واحدة وعند وجود الخلط يبطل ولان
من اجازه لم يجزه الا لعدم العلة المعينة
وذلك لا ينهض به حجة لعدم الحكم لجواز
ترادف العلل على حكم واحد فعدم بعضها
لا يدل على عدم الحكم لجواز ان يخلفه غيره
على انا لا نسلم ان صاحبه لا يشاركه فى المقبوض
اذا لم يخلط المال بل له ان يشاركه
فيه لان الشركة فيه انما تثبت لكونهما اشتركا
فى دين السلم والشركة فى دين السلم
ثابت بسبب اتحاد العقد ولهذا لا يقبض
احدهما شيئا من المسلم فيه الا شاركه
فيه صاحبه ولا تاثير لخلط المال فيه ولا
لعدمه فكذا فى راس المال عند الفسخ فكان
الاحتجاج به باطلا قال وان اخرجت
الورثة احدهم عن عرض او عقار بمال
او عن ذهب بفضة او بالعكس اى عن فضة
بذهب صح قل او كثر يعنى قل ما اعطوه
او كثر لانه يحمل على المبادلة لانه صلح عن
عين ولا يمكن حمله على الابراء اذ لا دين عليهم

ولا

٥١٧

ولا يتصور الابراء عن العين وبيع العقار
والعروض بالقليل والكثير جايز وكذا بيع
الذهب بالفضة لعدم الربا لاختلاف
الجنس فيه وفيه الاثر ان تماضر
امراة عبد الرحمن بن عوف صالحها
الورثة عن ربع ثمنها على ثمانين الف
دينار وقيل على ثلاثة وثمانين الف
دينار وقيل على ثلاثة وثمانين الفا بمحضر
من الصحابة وروى ذلك كان نصف حقها
وروى عن ابن عباس انه قال يتخارج اهل
الميراث اى يخرج بعضهم بعضا بطريق
الصلح ولا يشترط ان يكون اعيان التركة
معلومة لانه لا يحتاج فيه الى التسليم
اى فيما لا يحتاج الى التسليم
وبيع ما لم يعلم قدره فيه جايز كمن اقر
بغصب شئ فباعه المقر له من المقر جاز وان
لم يعرفا قدره لما ذكرنا ذكره فى النهاية
معزيا الى الذخيرة والى التتمة وقال لا يشترط
معرفته بالاتفاق وقال ذكره فى التتمة
وقال صاحب الهداية فيما اذا وقع الصلح
عن ذهب بفضة او وقع عن فضة بذهب
يعتبر التقابض فى المجلس لانه صرف
غير ان الذى فى يده بقية التركة ان كان جاحدا
يكتفى بذلك القبض لانه قبض ضمان

[margin note:] ضمان والمبتدا والخبر ... والشرط ... حذف

فينوب عن قبض الصلح وان كان مقترا غير
مانع لابد من تجديد القبض لانه قبض امانة
فلا ينوب عن قبض الصلح وهذا ايشير
الى ان العلم به شرط لان قبض المجهول لا يمكن
ثم ذكر بعده روايتين فيما اذا وقع الصلح
على المكيل او الموزون وانما لا ينوب
هذا القبض عن قبض الصلح لان قبض الامانة
لا ينوب عن المضمون فلا بد من تجديده
بان ينتهي الى مكان يتمكن من قبضه بالتخلية
والمضمون ينوب عن الامانة وعند
اتحاد القبضين ينوب احدهما عن الاخر
كالمضمون عن المضمون او الامانة عن
الامانة قال وعن نقدين وغيرهما
باحد النقدين لا ما لم يكن المعطى اكثر من
حظه منه اي لو صالح عن الذهب والفضة
وغيرهما من العروض وصالحوا على الذهب
او الفضة لا يجوز الصلح حتى يكون ما اعطوه
اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى
يكون قدر نصيبه بنصيبه والزائد
بحقه من بقية التركة لانه لما حمل على
المعاوضة لتعذر حمله على الابراء من الاعيان
وجب اعتبار شرط المعاوضة فيه
وذلك لما ذكرنا لانهم لو اعطوه قدر

حقه

حقه واقل يكون العروض او العروض
وبعض الذهب او الفضة حاصلا لهم بلا
عوض فيكون ربا وكذا اذا لم يعلم قدر
نصيبه لاحتمال الربا لان الفساد على
تقدير ان يكون مساويا له او اقل فكان
ارجح واولى بالاعتبار وقال الحاكم الشهيد
انما يبطل على اقل من نصيبه من مال الربا
في حالة التصادق واما في حالة التناكر
بان انكروا وراثته فيجوز ووجه
ذلك ان في حالة التكاذب ما يأخذه
لا يكون بدلا الا في حق الآخذ لا في حق
الدافع هكذا ذكره المرغيناني فلا بد
من التقابض فيما يقابل الذهب والفضة
منه لكونه صرفا في قدره ولو كان بدل
الصلح عرضا في الصور كلها جاز مطلقا
قليلا كان او كثيرا قبض في المجلس او لم
يقبض لعدم الربا واذا كان بدل الصلح
دراهم ودنانير صح الصلح كيف ما كان لانا نصرف
الجنس الى خلاف الجنس تصحيحا للعقد كما في
البيع بل اولى به لان المقصود من الصلح
قطع المنازعة ولكن يشترط التقابض فيه قبل
الافتراق لانه صرف قال ولو كان في التركة
دين على الناس فاخرجوه ليكون الدين

لم يبطل لان فيه تمليك الدين وهو نصيبه
من غير من عليه الدين وبهم الورثة فيبطل فيه
ثم يتعدى الى الكل لان الصفقة واحدة
سوا بين حصة الدين او لم يبين عند
ابي حنيفة وينبغي ان يجوز عندهما في
غير الدين اذا بين حصته واصل الخلاف
فيما اذا جمع بين حر وعبد او شاة ذكية
وميتة وباعهما صفقة وبين حصة
كل واحد منهما من الثمن بطل في الكل عنده
وعندهما صح في العبد والذكية وفي النهاية
ترد هذه المسالة يعني مسالة الصلح
على قول ابي يوسف ومحمد فيما اذا اسلم
حنطة في شعير وزيت فانهما قالا لا يفسد في
حصة الزيت ويفسد في حصة الزيت
ويفسد في حصة الشعير وههنا قال لا يفسد
في الكل قال هذا انما يحفظ ثم قال كذا
في مبسوط شيخ الاسلام ويمكن ان يقال
مرادهما في مسالة الصلح فيما اذا لم يبين
ما يقابل كل واحد منهما وفي مسالة السلم
اذا بين توفيقا بينهما وتصحيحا للقاعدتهما
قال وان شرطوا ان يبرا الغرما منه
اي الدين صح لانه اسقاط او تمليك الدين
ممن عليه وكل ذلك جائز قال صاحب

الهداية

الهداية فهذه حيلة الجواز واخرى
حيلة اخرى ان يعجلوا قضا نصيبه متبرعين
ثم قال وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة
والاوجه ان يقرضوا المصالح مقدار نصيبه
ويصالحوا عما ورا الدين ويحيلهم على
استيفا نصيبه من الغرما وهذا في الوجهين
ظاهر لانهم اذا اعطوا المصالح شيا بمقابلة
الدين او قدر الدين فقد حصل لهم ضرر ودين
وليس في الصورة الثالثة مثل ذلك من
الضرر لانهم وان خرج منهم قدر الدين
لكن حصل لهم الدين بمقابلته فانتفى
الضرر عنهم الا من التقديم فان العين
خير من الدين والاوجه منه ان يبيعوه
كفا من تمر او نحوه بقدر الدين ثم يحيلهم
على الغرما او يحيلهم ابتدا من غير بيع شي
ليقبضوه له ثم ياخذوه لانفسهم ولو
كانت اعيان التركة غير معلومة وليس
فيها مكيل ولا موزون فصولح على مكيل او
موزون قال ظهير الدين المرغيناني لا يجوز
هذا الصلح لما فيه من احتمال الربا بان يكون
في التركة مكيل او موزون من جنسه فيكون
في حصته بيع المقدر بجنسه جزافا وقال الفقيه
ابو جعفر يجوز لانه يحتمل ان لا يكون في التركة

من جنسه ويحتمل ان يكون فيها واذا كان
فيها يحتمل ان يكون الذي وقع عليه الصلح
اكثر وان احتمل ان يكون مثله او دونه
هو احتمال الاحتمال فنزل الى شبهة الشبهة
فالشبهة هي المعتبرة دون ما هذا هو الصحيح
وهذا يدل على ان الصلح مع جهالة التركة
يجوز وقيل لا يجوز لانه بيع وبيع المجهول
لا يجوز والاول اصح لان الجهالة هنا لا تفضي
الى المنازعة لانها في يد بقية الورثة فلا
يحتاج فيها الى التسليم قال ولو على الميت
دين محيط بطل الصلح والقسمة لان الورثة
لا يملكون التركة في هذه الحالة لان الدين
المستغرق يمنع من دخول التركة في ملك الوارث
لان حاجته مقدمة على الارث ولو ضمن
رجل بشرط ان لا يرجع في التركة جاز الصلح
لان هذه كفالة بشرط براءة الاصيل وهو
الميت فتصير حوالة فيخلو مالا لميت عن
الدين فيجوز تصرفهم فيه وان لم يكن مستغرقا
بالدين لا ينبغي لهم ان يقسموه او يصالحوا عنه
ما لم يقضوا دينه وان فعلوا ذلك جاز
استحسانا والقياس ان لا يجوز لان كل جزء
من اجزاء التركة مشغول بالدين لعدم الاولوية بالصرف
الى جزء دون جزء فصار كالمستغرق منه تملك

حتى لو كانت في يد المصالح او بعضها لا يجوز حتى يصير جميع ما في يده معلوما للحاجة الى التسليم صح

استحسانا فيمنع من دخوله في ملك الورثة وجه الا ان الانسان لا يخلو عن دين قليل فلو منع غير المستغرق منه صح

الورثة

الورثة اذى الى الحرج او الى ان لا يملكوا اصلا فقلنا
بانهم يملكونه دفعا للضرر عنهم الا انهم يرفعون
من التركة قدر الدين ويتركونه حتى يقضى به الدين
كيلا يحتاجوا الى نقض القسمة كتاب
المضاربة قال هي شركة بالربح بمال من جانب وعمل
من جانب يعني المضاربة عقد شركة بمال من احد
الشريكين وعمل من الاخر هذا في الشرع والمراد
بالشركة الشركة في الربح حتى لو شرطا فيها
الربح لاحدهما لا يكون مضاربة على ما نبين
وقيل هي عبارة عن دفع المال الى غيره
ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على
ما شرطا فيكون الربح لرب المال بسبب
ماله لانه نماء ملكه وللمضارب باعتبار
انه سبب لوجود الربح وهي في اللغة مفاعلة
من الضرب في الارض وهو السير فيها قال
الله تعالى واخرون يضربون في الارض الاية
يعني الذين يسافرون للتجارة وسمي هذا
العقد بها لان المضارب يسير في الارض
غالبا لطلب الربح ولهذا قال الله تعالى يضربون
في الارض يبتغون من فضل الله وهو الربح
واهل الحجاز يسمون هذا العقد مقارضة
وهو مشتق من القرض وهو القطع لان صاحب المال
يقطع قدرا من ماله ويسلمه للعامل واصحابنا

اختاروا لفظة المضاربة لكونها موافقة
لما تلوناه من نظم الاية وهي مشروعة لشدة
الحاجة اليها من الجانبين فان من الناس من
هو صاحب مال ولا يهتدي الى التصرف ومنهم
من هو بالعكس فشرعت لتنتظم مصالحهم
فان النبي عليه السلام بعث والناس يتعاملونها
فاقرهم عليها وتعاملتها الصحابة رضي الله
تعالى عنهم الا ترى الماوردي ان ابن
عباس بن عبد المطلب كان اذا دفع مالا
مضاربة شرط عليه ان لا يسلك به بحرا
وان لا ينزل به واديا وان لا يشتري ذات
كبد رطب فان فعل ذلك ضمن فبلغ ذلك
رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسنه
فصارت مشروعة بالسنة والاجماع
وشرطها ان يكون راس المال من الاثمان
وهو معلوم والربح بينهما شايعا ونصيب
كل واحد منهما معلوما وان يكون معينا مسلما
اليه فان فقد شيء من هذه الاشيا فسدت
وركنها ان يقول دفعت هذا المال اليك مضاربة
او معاملة او خذ هذا المال واعمل به
على ان ما رزق الله بيننا نصفان او نحو
ذلك من الفاظ التي تثبت بها المضاربة
وحكمها انواع ايداع ووكالة وشركة

واجارة



واجارة وغصب وانواعها عامة وخاصة
على ما يجي كل منها تالك والمضارب امين
وبالتصرف وكيل وبالربح شريك وبالفساد
اجير وبالخلاف غاصب وباشتراط كل
الربح له مستقرض وباشتراطه لرب المال
مستبضع يعني بدفع المال اليه على المضاربة
يكون امينا لانه قبضه باذن مالكه لا على
وجه البدل والوثيقة واذا اراد ان يجعله
عليه مضمونا اقرضه راس المال كله ويشهد
عليه ويسلمه اليه ثم ياخذه منه مضاربة
ثم يدفعه المستقرض يستعين به في العمل
فاذا عمل وربح كان الربح بينهما على
الشرط واخذ راس المال على انه بدل
القرض وان لم يربح اخذ راس المال بالقرض
وان هلك هلك على المستقرض وهو العامل
او اقرضه كله الا درهما منه وسلمه اليه وعقدا
شركة العنان ثم يدفع اليه الدرهم ويعمل فيه
المستقرض وهو العامل او اقرضه كله الا درهما
منه وسلمه اليه فان ربح كان بينهما على ما
شرطا وان هلك هلك عليه وانما صار وكيلا
بالتصرف لانه متصرف في ملكه بامره وهذا
معنى الوكالة وانما صار شريكا اذا ربح لانه
هو المقصود من عقد المضاربة فصار ثبوت

الشركة من ضرورة صحتها وصحة الاشتراط
وانما صار اجيرا اذا فسدت لان الواجب له
فيهما اجر المثل كالاجارة اذا فسدت وهو
به لعمله لانه لا يستحق المسمى لعدم الصحة
وكذا عمله غيره اخل تحت المضاربة ولم
يرض بالعمل مجانا فيجب له اجر المثل
بخلاف الشريك حيث لا يستحق اجرة
اذا فسدت لان استحقاقه الربح بالمال
لا بالعمل ثم لا يزاد على المسمى عند ابي
يوسف خلافا لمحمد على النحو الذي ذكرنا
في الشركة وانما صار غاصبا بالخلاف لوجود
التعدي على مال الغير كالغصب وهذا لان
صاحبه لم يرض ان يكون في يده الا على الوجه
الذي امره به فاذا خالف فقد تعدى فصار
غاصبا فيضمن وانما صار المضارب مستقرضا
باشتراط كل الربح له لانه لا يستحق الربح
كله الا اذا صار راس المال ملكا له لان الربح
فرع المال كالثمر للشجر وكالولد للحيوان
فاذا شرط ان يكون جميع الربح له فقد ملكه
جميع راس المال ~~مقتضى~~ بمقتضيه ان لا يرد
راس المال لان التمليك لا يقتضي الرد كالهبة
وغيره لكن لفظة المضاربة يقتضي رد راس
المال ~~مقتضى راس المال~~ فجعلناه قرضا

لاشتماله

518

لاشتماله على العقدين عملا بهما ولان القرض
ادنى التبرعين لانه يقطع الحق عن العين
دون البدل والهبة تقطع عنهما فكان اولى
ط لكونه اقل ضررا وان صار مستبضعا باشتراط
جميع الربح لرب المال لان المضارب لم
يطلب لعمله بدلا وعمله لا يتقوم الا بالتسمية
فكان وكيلا متبرعا وهذا هو معنى البضاعة
فكانه نص عليها قال **وانما تصح بما تصح به**
الشركة ومعناه لا تصح الا بما تصح به الشركة
وهي الدراهم والدنانير لا غير عندهما والفلوس
النافقة عند محمد منهما وقد بيناه في الشركة
وقال ابن ابي ليلى تصح المضاربة في المكيل
والموزون لانها من ذوات الامثال فيمكن
تقدير راس المال ~~بالقيمة~~ الذي هو مثل المقبوض
وقال مالك يجوز بالعروض لانها متقومة
يسترج عليها بالتجارة عادة فكانت
كالنقدين فيما هو المقصود بالمضاربة
ولكن تقدير راس المال بالقيمة اذ هي
متقومة ولهذا تبقى المضاربة عليها فكذا
يجوز الابتداء بها ولنا ما روي انه عليه
السلام نهى عن ربح ما لم يضمن والمضاربة
بغير النقود مؤدية اليه لانها امانة
في يد المضارب وربما زادت قيمتها بعد العقد

فاذا باعها شركه في الربح فحصل ربح ما لم
يضمن اذ المضارب يستحق نصيبه من غير
ان يدخل شي في ضمانه بخلاف النقود فانه
عند الشرا بها يجب الثمن في ذمته لانها لا
تتعين بالتعيين فما يحصل له بذلك فهو ربح
ما ضمن والمكيل والموزون عروض الا ترى
انها تتعين بالتعيين فاذا لم يتصرف
يكون فيها بيع وقد يحصل بهذا البيع ربح
بان يبيعه ثم يرخص سعره بعد ذلك
فيظهر ربحه بدون الشرا فيكون هذا
استيجارا على البيع باجرة مجهولة فيكون
باطلا كما في العروض ولو دفع اليه عرضا
وقال بعه واعمل بثمنه مضاربة جاز وقال
الشافعي لا يجوز لان فيه اضافة عقد
المضاربة الى ما بعد البيع وقبض الثمن ولنا
انه وكله ببيع العرض اولا وهو كبيعه
بنفسه ثم عقد المضاربة على الثمن المقبوض
وهو كالمقبوض في يده فوجب القول
بجوازه كما لو قال له بع هذا العبد واشتر
بثمنه هذا العبد وهذا لان المضاربة
ليس فيها الا توكيل واجارة وكل ذلك قابل
للاضافة على الانفراد فكذا عند الاجتماع
وهذا لما عرفت ان الاضافة الى الزمان المستقبل

غير

غير التعليق بالشرط الا ترى ان الاضافة
سبب للحال دون التعليق ولو دفع اليه
العرض على ان قيمته الف درهم مثلا ويكون ذلك
راس المال فهو باطل لان القيمة تختلف باختلاف
المقومين فلا يمكن ضبطها فلا يصلح راس المال
ولو قال له اقبض ديني من فلان واعمل به
مضاربة جاز لان هذا توكيل بالقبض واضافة
للمضاربة الى ما بعد قبض الدين وذلك جائز
على ما بينا بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين
الذي لي عليك حيث لا يجوز المضاربة لان
المضاربة توكيل بالشرا والتوكيل بالشرا بدين
في ذمة الوكيل لا يصح حتى يعين البايع او
المبيع عند ابي حنيفة فبطل التوكيل
بالكلية حتى لو اشترى كان للمامور وكذا
لا يصح التوكيل بقبض ما في ذمته لنفسه
فلا يتصور المضاربة فيه وعندهما يصح التوكيل
بالشرا بما في ذمة الوكيل من غير تعيين ما ذكرنا
حتى يكون مشتريا للآمر لكن المشتري عروض
فلا يصح المضاربة بها على ما بينا قال
ويكون الربح بينهما مشاعا اي لا تصح المضاربة
الا اذا كان الربح بينهما مشاعا لان الشركة
يتحقق به حتى لو شرطا لاحدهما دراهم
مسماة يبطل المضاربة لانه يودي الى قطع

الشركة على تقديرات لا يزيد الربح على المسمى
قال فان شرط لاحدهما زيادة عشرة فله
اجر مثله ولا يجاوز عن المشروط وقد
ذكرناه وذكرنا الخلاف فيه وهذا هو الحكم
في كل موضع لم تصح المضاربة فيه والربح كله
لرب المال لانه نماء ملكه ويجب الاجر للمضارب
وان لم يربح في رواية الاصل لان اجر
الاجير يجب بتسليم المنافع والعمل كما في
اجير الوحد وقد وجد وعن ابي يوسف انه
لا يجب كما لا يجب في الصحيحة منها مع انها
فوقها في اصل حكمها واستحقاق المسمى فيها
والمال في المضاربة الفاسدة امانة غير
مضمونة بالهلاك كما في الصحيحة منها لان
الفاسد من العقود ياخذ الحكم من الصحيح منها
ولانه عين في يد اجيره ولو تلف بعد العمل
فله اجر المثل وقيل هذا عند ابي حنيفة
وعندهما يضمن ما تلف في يده مما يمكن التحرز
عنه وهو بناء على اختلافهم في الاجير المشترك
اذا تلف المال في يده من غير صنعه لان هذا
العقد اجارة وهو بمنزلة الاجير لان له ان
ياخذ بهذا الطريق ما شاء من المال والفرق
لنا على الظاهر ان هذه مضاربة لفظا اجارة
معنى من حيث انه يطلب بعمله اجرة فعملنا باللفظ

المشترك صح

في

في انتفاء الضمان وبالمعنى في حق وجوب اجر
مثله ربح او لم يربح او نقول انه كاجير
الوحد من حيث انه لا يتمكن من ايجار
نفسه في ذلك الوقت قال وكل شرط
يوجب جهالة الربح يفسدها والا فلا
ويبطل الشرط كشرط الوضيعة على المضارب
اي ان لم يكن مؤديا الى جهالة الربح لا يفسدها
بل يبطل الشرط والذي يؤدي الى جهالة
الربح من الشروط ان يشترط رب المال على
المضارب ان يدفع اليه ارضه ليزرعها
سنة او داره ليسكنها سنة وذلك
مفسد لانه جعل بعض الربح عوضا عن
عمله والبعض اجرة داره وارضه ولا
تعلم حصة العمل اي نصيبه من الربح فيما يقابل
فهو شرط لا يقتضيه العقد فيبطل هو دونها
لان المضاربة لا تفسد بالشروط الفاسدة
كالوكالة والهبة لان صحتها يتوقف على
القبض كالهبة وشرط الوضيعة شرط زائد
لا يوجب قطع الشركة في الربح ولا الجهالة
فيه فلا يكون مفسدا وتكون الوضيعة
وهي الخسران على رب المال لان ما فات
جزء من المال بالهلاك يلزم صاحب المال
دون غيره والمضارب امين فيه فلا

حتى تجب حصته ويسقط ما اصاب منفعة الدار ولو شرط ذلك على رب المال للمضارب صح العقد وبطل الشرط لانه لا يفضي الى جهالة حصة العمل صح

يلزمه بالشرط فصار الاصل فيه ان كل شرط
يوجب جهالة في الربح او يقطع الشركة فيه مفسد
وما لا فلا قال **ويدفع المال الى المضارب**
يعني رب المال يسلم المال اليه ولا بد له من
ذلك لان المضاربة فيها معنى الاجارة لان
ما ياخذه مقابل بعمله والمال محل العمل
فيجب تسليمه كالاجارة الحقيقية ولان
المال امانة في يده فلا يتم الا بالتسليم
كالوديعة وهذا بخلاف الشركة حيث
لا يشترط فيها تسليم المال الى الاخر لان
الشركة انعقدت على العمل منهما فشرط
استقامة رب المال فيها لا يخرج العقد من
ان يكون شركة ولا كذلك المضاربة لان
المال فيها من احد الجانبين والعمل من
الاخر فلا بد من تسليم المال الى العامل
وتخليته له ليتمكن من العمل والتصرف فيه
وشرط العمل على رب المال ينافي ذلك
فلا يجوز سواء كان المالك عاقدا او غير عاقد
كالصغير والمعتوه لان يدهما على مالهما
بجهة الملك كما تمنع فبقاء يدهما يمنع كونه
مسلما الى المضارب وكذا احد الشريكين
اذا دفع المال مضاربة بشرط ان يعمل شريكه
مع المضارب لان للشريك فيه ملكا فيمنع يده

من

من تسليمه الى المضارب وان لم يكن العاقد
مالكا وشرط ان يتصرف في المال مع المضارب
فان كان العاقد ممن ليس باهل للمضاربة
في ذلك المال تفسد كالماذون يدفع
ماله مضاربة ويشترط عمله مع المضارب
لان التصرف فيه اليه واليد ثابتة
له في هذا المال ويده يد نفسه فصار
كالمالك فيما يرجع الى التصرف فكان
قيام يده مانعا لصحة المضاربة وان
كان العاقد ممن يجوز ان ياخذ ماله
مضاربة لم تفسد المضاربة كالاب
والوصي اذا دفعا مال الصغير مضاربة
وشرط ان يعملا بنفسهما مع المضارب
بجزء من الربح لانهما لو اخذا ماله مضاربة
ليعملا بانفسهما بالنصف فكذا اذا اشترطا
عملهما مع المضارب بجزء من الربح لان كل
مال يجوز ان يكون المرء فيه مضاربا
وحده جاز ان يكون فيه مضاربا مع
غيره وهذا لان تصرف الاب والوصي
واقع للصغير حكما بطريق النيابة فصار
دفعه كدفع الصغير وشرطه كشرطه
فيشترط التخلية من قبل الصغير لانه هو
رب المال وقد تحققت وان دفع العبد

المأذون ماله مضاربة وشرط عمل مولاه
مع المضارب ينظر فان لم يكن عليه دين
فسدت المضاربة لان المولى مالك لما في
يده فلم يكن من اهل المضاربة فيه وان
كان عليه دين فالمضاربة جائزة عند ابي
حنيفة لانه لا حق للمولى فيه فصار كالاجنبي
والمكاتب اذا دفع ماله مضاربة وشرط
عمل مولاه معه لا يفسد مطلقا لانه لا يملك
ما في يده فصار كالاجنبي سواء كان عليه دين
او لم يكن قال ويبيع بنقد وبنسيئة
ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع
يعني للمضارب ان يفعل هذه الاشياء كلها
اذا كانت المضاربة صحيحة مطلقة بان
دفع اليه مضاربة بالنصف مثلا ولم يزد عليه
لان المطلق يتناول الانواع كلها فله ان يفعل
ما هو المعتاد بين التجار لانه قد يربح في جهة
من التصرف دون جهة او في نوع من الانواع
دون نوع فيطلق له الكل ليحصل غرضه وهو (اى انواع المضاربة)
تحصيل الربح والتوكيل والابضاع والايداع
والمسافرة من صنيعهم وعن ابي يوسف
انه ليس له ان يسافر به لانه تعريض
على الهلاك من غير ضرورة وعن ابي
يوسف عن ابي حنيفة انه ان دفع اليه

المال في بلده ليس له ان يسافر به لما ذكرنا
وان دفع اليه في غربة كان له ان يسافر
الى بلده لان الظاهر ان صاحبه رضي به
اذ الانسان لا يقيم بدار الغربة دائما
في الغالب واعطاء المال مضاربة في هذه
الحالة مع علمه بحاله يدل على رضاه
وجه الظاهر ان المضاربة مشتقة من
الضرب في الارض على ما بينا من قبل فيملكه
بمطلق العقد اذ الاشتقاق دال عليه ولا نسلم
انه تعريض على الهلاك لان الظاهر فيه
السلامة ولا معتبر بالموهوم الا يرى
ان للمودع ان يسافر بالوديعة مع انه
ليس له ان يودع والمضارب له ذلك فكان
ادنى منهما واولى بالجواز وقال ابن ابي
ليلى ليس له ان يبيع بالنسيئة لان ذلك تصرف
يوجب قصر يده عن مال المضاربة وتعجيزه
عن التصرف فيه فيكون موجبا لضد مقصود
رب المال فصار كالاقراض بل فوقه لان
القرض يمكن الوصول اليه في الحال بواسطة
الطلب وهذا لا يمكن فيكون فيها نوع اهلاك
او تبرع ولهذا لو باع المريض بالنسيئة
يعتبر من الثلث ونحن نقول البيع بالنسيئة
من صنيع التجار وهو متعارف عندهم

فيدخل تحت الاطلاق لان المقارنة
كالمنصوص عليه وهو اقرب الى تحصيل الربح
عادة فكان اوفق لمقصود رب المال وله ان
ياذن لعبد من مال المضاربة في التجارة لانه
بمنزلة الابضاع وعن محمد انه ليس له ذلك
كالمضاربة قلنا المضارب يصير شريكا والعبد
لا يكون شريكا فافترقا قال **ولا يزوج**
عبدا ولا امة وعن ابي يوسف انه يزوج
الامة لانه من باب الاكتساب لانه يحصل
الى المهر والى سقوط نفقتها بخلاف تزويج
العبد فان فيه اشتغال رقبته بالدين
واستحقاق بيعه بدونهما انه ليس من باب
التجارة فلا يدخل تحت الاطلاق لان لفظ المضاربة
يدل على تحصيل المال بطريق التجارة لا باي
طريق كان الا ترى انه ليس له ان يكاتب
ولا يعتق على مال وان كان باضعاف قيمته
بخلاف المكاتب حيث يجوز له ان يزوج الامة
دون العبد لان الكتابة تقتضي الاكتساب
دون التجارة ولهذا كان له ان يكاتب فيملك
تزويج الامة ايضا ونظيره الاب والوصي حيث
يملكان تزويج الامة والمكاتبة دون تزويج
العبد لان تصرفهما مقيد بالنظر للصغير فيما
كان فيه نظر للصغير فعلاه وما لا فلا

الصواب فاكان

الاشغال لغة ردية والفصيح شغل
قال الشيخ مقعد شغله قال الله
تعالى شغلتنا انفسنا ونحو
الا انه قال لا موجب له
وقال من لم يعرف اشغاله
لم يصلح اشغاله

ونظير

ونظير المضارب الشريك شركة عنان
او مفاوضة حتى كان تزويجه الامة على
الخلاف قال **ولا يضارب الا باذن او باعمل**
برايك يعني لا يجوز له ان يعطي المال مضاربة
الا ان ياذن له رب المال او يقول له اعمل
برايك لان الشيء لا يتضمن مثله الا بالتنصيص
عليه او التفويض المطلق اليه الا ترى ان
الوكيل ليس له ان يوكل غيره الا بما قلنا بخلاف
المكاتب والعبد الماذون له والمستعير
حيث تضمنت هذه العقود امثالها لانهم
يتصرفون بحكم المالكية لا بحكم النيابة لان
المكاتب صار حرا يدا فله ان يكاتب ولان الكتابة
كالبيع من نفس العبد فيملكه والماذون له
بفك الحجر بقي متصرفا لنفسه فله ان ياذن
لعبده والمستعير يملك ايضا تمليك المنفعة
وبخلاف الايداع والابضاع لانهما دونها
فيتضمنهما وبخلاف الاقراض والاستدانة
حيث لا يملكهما الا بالتصريح لان المراد من قوله
اعمل برايك التعميم فيما هو من عادة التجار وليسا
منه وصار كالهبة والصدقة ونظير المضاربة
الشركة والخلط بالنفسه لانهما من صنيع
التجار فيدخل تحت قوله اعمل برايك
قال **ولم يتعد عما عينه من بلد وسلعة**

صوابه تملك بدل تمليك
والا لزم المصادرة تامل
محرره

ودفعت ومعاملكما في الشركة اي اذا اخرج رب المال التصرف في بلد بعينه او في سلعة بعينها او في معاملة رجل بعينه لا يجوز ان يتعداه فان تعداه صار ضامنا لان المضاربة توكيل وفي التخصيص فائدة من امن خطر الطريق وخيانة المضارب ومن تفقني من ماله وكذا الاسعار تختلف فبالتقييد تحصل الفائدة فيعتبر ولو عين له بلدا فاخرجه الى غير ذلك البلد او دفعه بضاعة الى من يخرجه من ذلك البلد ضمن لانه بالمخالفة صار غاصبا وان اشترى شيئا بعد ذلك ونقد الثمن من المغصوب ولم يشتر شيئا حتى رد المال الى البلد الذي عينه له كان المشترى له لانه بالاخراج بطلت المضاربة وتقرر ذلك بالشرا واستقر من مال الغير فكان له فصار كما اشترى شيا ونقد الثمن من المغصوب به ولو لم يشتر شيئا حتى رد المال الى البلد الذي عينه له برى من الضمان كالمودع اذا خالف في الوديعة ثم رجع الى الوفاق وعاد المال مضاربة مثل ما كان لان يده باقية بالعقد السابق وكذا لو رد البعض يكون المردود مضاربة حتى اذا اشترى في ذلك البلد كان للمضاربة اعتبارا للجزء بالكل لان التقييد به لما كان مفيدا تقيد به وصار بنفس الاخراج متعديا ضامنا

لكنه

لكنه لا يتقرر الا بالشرا في بلد اخر فاذا رجع قبل تقرره زال الضمان على ما بينا فبقي المال على ما كان وهذا بخلاف ما اذا قيده في سوق معين من المصر حيث لا يتقيد به لان المصر الواحد قلما يتفاوت جوانبه واسواقه لانه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي بان قال اعمل في هذا السوق ولا تعمل في غيره فحينئذ يتقيد به لان المال له وولاية التصرف تثبت له ولعل ذلك يفيد لوجود الاختلاف فيتقيد به فيضمن اذا خالفه بخلاف ما اذا قال بع نسيئة ولا تبع حالا لاعتبار اختلاف السعر بينهما لانه مخالفة الى خير بيقين فهو نظير ما لو وكل شخصا يبيع عبده بالف درهم ونهاه عن البيع بالزيادة فباعه الوكيل بالفين فانه يجوز لما قلنا فكذا هذا لان الشرط اذا كان غير مفيد لا يعتبر حتى اذا اودع وقال لا تضعها من يدك ليلا ولا نهارا لا يتقيد به لعدم الفائدة فيه ثم الالفاظ التي تفيد التقييد بالمذكور قوله خذ هذا مضاربة تعمل به في مصر لان قوله تعمل به في مصر لا يحتمل الا التقييد ~~تعمل به~~ تفسير لقوله خذه مضاربة والكلام المبهم اذا تعقبه تفسير كان الحكم للتفسير

وكذا حكاه حقيقة الا ترى ان المودع اذا شرط عليه يحفظ في محلة ليس له ان يحفظها في محلة اخرى فاذا تصور الاختلاف صح

وكذا قوله فاعمل به لانه في معنى التفسير لان
الفا للوصل والتعقيب والذى وصل الكلام المبهم
به وتعقبه كان تفسيرا له وكذا لو قال خذه
مضاربة بالنصف بمصر لان البا للالصاق فتقتضي
ان يكون العمل فيه وكذا لو قال خذه مضاربة
بالنصف في مصر لان في للظرف وانما يكون
ظرفا اذا احصل الفاعل والفعل فيه وكذا اذا
قال خذه مضاربة على ان تعمل بمصر لان على
للشرط فيتقيد ولو قال خذه مضاربة واعمل
به في مصر لا يتقيد به حتى لا يضمن في العمل
في غيره لان الواو للعطف والشي لا يعطف على
نفسه وانما يعطف على غيره وقد يكون للابتدا
اذا كان بعدها جملة فيكون مشورة
لا شرطا في الاول وفي الكافي ما يفيد من الالفاظ
ستة دفعت اليك المال مضاربة على ان
تعمل بالكوفة او لتعمل به او تعمل بالكوفة
مجزوما او مرفوعا او فاعمل به في الكوفة
او قال دفعت اليك مضاربة بالنصف
بالكوفة وما لا يفيد التقييد لفظان دفعت
اليك مضاربة واعمل بالكوفة او قال
اعمل بالكوفة والضابط فيه ان رب المال
متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يمكن التلفظ
به ابتداء ويمكن جعله مبنيا على ما قبله يجعل

الصواب ويمكن

مبنيا

٥٢٥

م

مبنيا عليه كما في الالفاظ الستة وان استقام
الابتدا به لا يبنى على ما قبله ويجعل مبتدا
كما في اللفظين الاخيرين وحينئذ تكون الزيادة
مشورى فكان له ان يعمل بالكوفة وغيرها
ولو قال خذه مضاربة على ان تشتري
به الطعام او قال فاشتر به الطعام
او قال لتشتري به الطعام او قال خذه مضاربة
بالنصف في الطعام فهذا كله مفيد فيتعين
فيه التقييد به ولو قال على ان يشتري من
فلان لتفاوت الناس في المعاملة تقاضيا
واقتضا ولو قال على ان يشتري به من اهل
الكوفة او من الصيارفة ويبيع منهم فباع
في الكوفة من غير اهلها او غير الصيارفة جاز
لان المقصود من مثل هذا الكلام عادة
التقييد بالمكان او بالنوع فيفيد بالمكان
والنوع حتى لا يجوز له ان يخرج من الكوفة
في الاول ويبيع فيها من اهلها ومن غير
اهلها ولا يجوز له ان يعمل في غير الصرف
في الثاني ويشتري ويبيع من الصيارفة
وغيرهم لان التقييد بالمكان والنوع مفيد
فيعتبر ولا يفيد التقييد باهل الكوفة
والصيارفة لان كل واحد منهما جمع كثير لا
يمكن احصاؤهم فيجتمع فيهم الصالح والطالح

ويبيع برمع التقييد وليس له ان يشتري
ويبيع من غيره لان هذا التقييد
~~مفيد وتفاوت الناس في المعاملة~~
ح

فلا يفيد التقييد بهم فلا يعتبر ويفيد
التقييد بالمكان والنوع من حفظ المال على
ما يرى هو فيعتبر وكذلك ان وقت
للمضاربة وقتا يتقيد به لانه توكيل
فيتقيد كما يتقيد بالنوع والمكان قال ولم
يشتر من يعتق على المالك اي ليس له ان
يشتري من يعتق على رب المال بقرابة
او بسبب يمين لان عقد المضاربة
شرع لتحصيل الربح وذلك بالبيع بعد
الشرا وفي التصرف فيه كثيرا او العتق ينافيه
بخلاف الوكيل بشرا العبد حيث يجوز له
ان يشتري من يعتق على الموكل لان
الوكيل هناك مطلق فيجري على اطلاقه
وهنا مقيد بالممكن التجارة فيه حتى
لو وجد في الوكالة ايضا ما يدل على التقييد
بان قال اشتر لي عبدا ابيعه او قال
استخدمه وجارية اطاها كان الحكم
كذلك ولو اشترى من يعتق على رب
المال صار مشتريا لنفسه لان الشرا اذا
وجد نفاذا نفذ على المشتري كالوكيل
الوكيل ح
اذا خالف بخلاف ما اذا اشترى من يعتق
على الموكل حيث ينفذ على الموكل والفرق
ما بينا قال وعليه ان ظهر ربح اي

ليس

ليس للمضارب ان يشتري من يعتق عليه
اذا كان في المال ربح لانه يعتق نصيبه ويفسد
بسببه نصيب رب المال او يعتق على
الاختلاف الذي بينا في العتق فيمتنع
التصرف فيه والمراد من ظهور الربح المذكور
هنا ان يكون قيمة العبد المشترى اكثر
من راس المال سوا كان في جملة مال
المضاربة ربح او لم يكن لانه اذا كان قيمة
العين مثل راس المال او اقل لا يظهر
ملك المضارب فيه بل يجعل مشغولا براس
المال حتى اذا كان راس المال الفا وصار
عشرة الاف درهم ثم اشترى المضارب
من يعتق عليه وقيمته الف او اقل لا يعتق
عليه وكذا لو كان له ثلاثة اولاد او
اكثر وقيمة كل واحد الف او اقل فاشتراهم
لا يعتق منهم شي لان كل واحد مشغول
براس المال ولا يملك المضارب منهم
شيا حتى يزيد قيمة كل عين على راس
المال على حدة من غير ضم الى اخر قال
وضمن ان نقد اي ضمن المضارب ان اشترى
قريبه وقيمته اكثر من راس المال لانه يصير
مشتريا العبد لنفسه فيضمن بالنقد من
مال المضاربة قال وان لم يظهر ربح صح

اي ان لم يكن في قيمة العبد زيادة على راس
المال جاز شراؤه للمضاربة لانه اذا لم تزد
قيمته على راس المال لا يعتق عليه اذ لا ملك
للمضارب فيه لكونه مشغولا براس المال
فيمكنه ان يبيعه للمضاربة فيجوز قال
فان ظهر عتق حظه اي ان ظهر الربح في
المشتري بعد الشرا بان كانت قيمته وقت
الشرا قدر راس المال او اقل ثم زادت قيمته
حتى صارت اكثر من راس المال عتق نصيب
المضارب لانه ملك بعض قريبه فوجب ان
يعتق عليه بقدره قال **ولم يضمن لرب المال**
لانه لا صنع له فيه وانما عتق عليه بطريق
الحكم بسبب زيادة القيمة من غير اختيار
فصار كما اذا ورثه مع غيره قال **ويسعى
المعتق في قيمة نصيب رب المال منه**
لانه احتبست مالية عنده فيضمنها
كالعبد الموروث بين اثنين واحدهما
ابوه وفي الكافي لو اشترى نصفه بالمال
المضاربة ولا فضل فيه ونصفه بماله
صح عليهما لان هذا النصف لا ربح فيه
فلم يثبت العتق فيه من قبل فلما دخل
العتق فيه حكما لما اشتراه لنفسه فلم
يصر كالغا والشريك في هذا والاب

والوصي

والوصي كالمضارب حتى اذا اشترى احد
الشريكين عبدا هو ذو رحم محرم من الشريك
الاخر ينفذ على المشتري كما ينفذ على المضارب
وكذا لو اشترى الاب او الوصي لانه لا نظر
فيه للصغير بخلاف العبد المأذون له فانه
لو اشترى ذا رحم محرم من المولى يصح ثم
ان لم يكن عليه دين محيط برقبته وكسبه
عتق على المولى وان كان عليه دين محيط
برقبته وكسبه لا يعتق عنده وعندهما
يعتق بنا على انه هل يدخل في ملك المولى ام لا
قال **معه الف بالنصف** اي مع المضارب
فاشترى به امة قيمتها الف فولدت
ولدا يساوي الفا فادعاه موسرا اي ادعاه
المضارب في حال يسره فبلغت قيمته الفا
وخمسماية سعى لرب المال في الف وربعه
اي ربع الف وهو مايتان وخمسون او اعتق
فان قبض الالف ضمن المدعي وهو المضارب
نصف قيمتها اي نصف قيمة الجارية
وانما كان كذلك لان دعوة المضارب وقعت
صحيحة ظاهرا لانه يحمل على انه وطئه
من النكاح بان يحل ان البايع زوجها منه
ثم باعها منه وهي حبلى منه حملا لامره
على الصلاح لكن لا ينفذ هذه الدعوى

للصغير عبدا هو ذو رحم محرم من
الصغير او المعتوه لا ينفذ عليهما
وانما ينفذ على الاب او الوصي ع

لعدم الملك وهو شرط فيه اذ كل واحد من
الجارية وولدها مستغرق براس المال لا يظهر
الربح عندنا خلافا لزفر لان بعضها ليس
باولى به من البعض فاذا كان كذلك لم يكن
للمضارب نصيب في الامة ولا في الولد وانما
اثبت له بمجرد حق التصرف فلا ينفذ دعوته
فاذا ازدادت قيمة الغلام وصارت الفا
وخمسمائة ظهر الربح فيه في ذلك الوقت
فملك المضارب منه نصف الزيادة حينئذ
لا ينفذ اعتاقه السابقة لان الاعتاق انشا
فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد
حدوثه اما الدعوة فاخبار فاذا رد في حق
غيره فهو باق في حق نفسه فاذا ملكه
فاذا ملكه بعد ذلك نفذت دعوته فيه كما اذا
اقر بحرية عبد لغيره برد اقراره فان ملكه بعد
ذلك صار حرا ولو اعتق عبد الغير ثم ملكه
لا ينفذ عتقه لما قلنا فاذا نفذت دعوته هنا
صار الغلام ابنا له وعتق بقدر نصيبه منه
وهو ربعه ولم يضمن المضارب حصة رب
المال من الولد لان العتق ثبت بالملك والنسب
فصارت العلة ذات وجهين والملك اخرهما
وجودا فيضاف الحكم وهو العتق اليه لان الحكم
يضاف الى الوصف الاخير اصله وضع الفقه

على السفينة والقدح الاخير ولهذا قال
الصديق رضي الله عنه للذي قربه بين يديه
بالزنا ثلاث مرات اياك والرابعة فانها هي
الموجبة ولا صنع للمضارب في الملك فلا يجب
عليه الضمان لعدم التعدي اذ لا يجب ضمان
العتق الا بالتعدي فكان رب المال بالخيار
ان شاء اعتق نصيبه من الغلام وان شاء
استسعاه لان ماليته احتبست عنده على
ما مر في الاعتاق فاذا اختار الاستسعاء
استسعاه في الف ومايتين وخمسين لان
الالف مستحق له براس المال ومايتين وخمسين
نصيبه من الربح فاذا قبض منه الف درهم
صار مستوفيا لراس ماله وظهر ان الام كلها
ربح لفراغها عن راس المال فكانت بينهما
نصفين ونفذ فيها دعوة المضارب فصارت
كلها ام ولد له لان الاستيلاد اذا صادف
محلا يحتمل النقل لا يتجزى بالاجماع ويجب
نصف قيمتها لرب المال موسرا كان او معسرا
لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار
والاعسار ولا يتوقف على التعدي لانه ضمان
تملك ولهذا لو ورث ام ولده مع غيره يتملكها
كلها ويجب عليه ان يضمن حصة غيره من قيمتها
موسرا كان او معسرا بخلاف ضمان الاعتاق

نانه ضمان افساد لاتملك وهو متوله
من تصرفه في ملكه فلا يجب بغير تعد ولا على
معسر واشتراط اليسار هنا ليعلم انه
(ابتداء على كل حال)
لا يجب على احد وانما شرط قبض رب المال
~~الالف من الغلام قبض رب المال الالف من~~
الغلام حتى يصير الجارية ام ولد للمضارب
لانها مشغولة براس المال فاذا قبضه من الغلام
فرغت عن راس المال وصارت كلها ربحا
فظهر فيها ملك المضارب فصارت ام ولد له
لما ذكرنا فان قيل لم لا يجعل المقبوض من
الولد من الربح وهو ممكن بان يجعل الولد كله
ربحا وهي مشغولة براس المال على ما قلنا
المقبوض من جنس راس ماله فكان هو اولى
بجعله من راس المال ولان راس المال مقدم على
الربح اذ لا يسلم لهما شي من الربح الا بعد
سلامة راس المال لرب المال فكان جعله (المقبوض)
به اولى بعد وصوله الى يده فان لم يزد قيمة
الولد على الف وزادت قيمة الام حتى
صارت الفا وخمسماية صارت الجارية
ام ولد للمضارب ويضمن لرب المال الف درهم
ومائتين وخمسين درهما لانها لما زادت
قيمتها ظهر فيها الربح وملك المضارب نصف الربح
فنفذت دعوته فيها ويجب عليه لرب

المال راس ماله وهو الف ويجب عليه ايضا
نصيبه من الربح وهو مائتان وخمسون
درهما فاذا وصل الى يده الف استوفى
راس المال وصار الولد كله ربحا فيملك
المضارب منه نصفه فيعتق عليه وما لم
يصل الى رب المال الالف فالولد رقيق
على نحو ما ذكرنا في الام لم يأخذ منه مائتين
وخمسين على انه نصيبه من الربح ولو زادت
قيمتهما عتق الولد وصارت الجارية ام
ولد له لان الربح ظهر في كل واحد منهما
ويأخذ راس المال من المضارب لان ما وجب
عليه ايسر المالين لانه معجل وهو موسر
والسعاية موجلة والعبد معسر
ويأخذ منه ايضا ما بقي من نصيبه من الربح
ويضمن ايضا نصف عقرها لانه لما استوفى
راس المال ظهر انه ربح لان عقرها للمضاربة
يكون للمضاربة ويبقى الغلام في نصيب رب
المال ويسقط عنه نصيب المضارب والله
اعلم

باب المضارب يضارب

قال فان ضارب المضارب بلا
اذن لم يضمن ما لم يعمل الثاني اي اذا دفع
المضارب المال مضاربة بغير اذن رب المال
لم يضمن بالدفع ما لم يتصرف الثاني وهذا

ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة
انه لا يضمن حتى يربح وقال زفر يضمن بالدفع
تصرف او لم يتصرف وهو رواية عن ابي يوسف
لانه ليس له ان يدفع المال على وجه المضاربة
لان العقد لا يتضمن مثله على ما بيناه فيضمن
الاول بالدفع والثاني بالاخذ لان كلا منهما
متعد كالمودع اذا اعار الوديعة بغير اذن
صاحبه ووجه الظاهر ان الدفع ايداع
حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة حقيقة
بالتصرف ووجه المروى عن ابي حنيفة
ان العقد المجرد لا يوجب الضمان ولهذا
لا يضمن الفضولي بمجرد بيع مال الغير ولا
بالتسليم لاجل التصرف لانه ابداع
وهو يملك ذلك ولا بالتصرف لانه وكيل فيه
على ما بيناه من قبل وهو ان يوكل وهذا لانه
انما يصير ضامنا بالمخالفة وبهذه الاشياء
لا يصير مخالفا الا يرى ان له ان يفعل
كل واحد منها على الانفراد فلا يكون
ضامنا به ولكن اذا ربح اثبت الشركة
فيه واثبات الشركة في مال الغير سبب
للضمان كما اذا خلطه بمال غيره ثم رب المال بالخيار
ان شاء ضمن الاول رأس ماله لانه صار ضامنا
بالدفع الى غيره بغير اذنه وان شاء ضمن الثاني
لانه

٥٠٣

لانه تصرف في مال الغير بغير اذن صاحبه
وهذا ظاهر على اصلهما لانهما يوجبان
الضمان على مودع المودع واما عند
ابي حنيفة فقد قيل ينبغي ان لا يضمن الثاني
كمودع المودع وقيل يضمن الثاني المال عنده
ايضا لانه قبضه لنفع نفسه بخلاف
مودع المودع فانه يقبضه لمنفعة صاحب
المال فان ضمن الاول صحت المضاربة
بين الاول والثاني والربح بينهما على ما
شرطا لانه باداء الضمان ملكه من وقت
خالف فصار كما لو دفع مال نفسه
مضاربة الى الثاني وان ضمن الثاني رجع
بما ضمن على الاول لانه التزم له سلامة المقبوض
لعن الضمان فاذا لم يسلم له رجع عليه
بالجهة اذ هو مغرور من جهته كمودع
الغاصب وصحت المضاربة بينهما لانه لما
كان قرار الضمان عليه ملك المدفوع
مستندا الى وقت التعدي فتبين انه
دفع مضاربة ملك نفسه ويكون الربح
بينهما على ما شرطا لصحة المضاربة
ويطيب للثاني ما ربح لانه يستحقه براس
المال وملكه فيه ثبت مستندا فلا يخلو
عن شبهة فيكون سبيله التصدق هذا

بالعمل ولا خبث في عمله ولا يطيب للاول
لانه يستحقه صح

اذا كانت المضاربتان صحيحتين واما اذا
كانت احداهما فاسدة او كلاهما فلا ضمان
على واحد منهما لانه ان كانت الثانية هي
الفاسدة صار اجيرا على ما بينا وللاول
ان يستاجر من يعمل في المال وان كانت
هي الاولى فكذلك لان فسادها يوجب فساد
الثانية لان الاولى لما فسدت صارت
اجارة وصار الربح كله لرب المال ولو صحت
الثانية بعد الاجارة لصار الثاني شريكا
وليس للاجير ان يشرك غيره بل المضارب
لا يملك ذلك فكانت فاسدة بالضرورة
وكانا اجيرين وكذلك اذا كانتا فاسدتين
فاذا كانا اجيرين لا يضمن واحد منهما
ولا يبالي الاجير ليس له ان يستاجر
للعمل فكيف جاز هنا للمضارب الاول
ان يستاجر بعد ما فسدت الاولى وهو
اجير فيها لانا نترك الفاسد من العقود
معتبرا بالصحيح منها فلما كان له ان يستاجر
~~بعدما فسدت الاولى وهو اجير فيها~~
~~لانا نترك الفاسد في المضاربة الصحيحة~~
كان له ان يستاجر في الفاسدة ايضا قال
فان دفع باذن بالثلث وقيل ما رزق الله
بيننا نصفان فللمالك النصف وللاول

السدس

وقف لله تعالى

السدس وللثاني الثلث اي ان دفع المضارب
الاول الى المضارب الثاني بالثلث وكان رب
المال قال للمضارب الاول اعمل على ان ما رزق
الله بيننا نصفان وربح الثاني فلرب المال
النصف وللمضارب الاول السدس وللمضارب
الثاني الثلث لان الدفع الى الثاني صحيح لانه
بامر المالك ورب المال شرط لنفسه نصف
جميع ما رزق الله وقد جعل الاول للثاني
ثلثه فينصرف ذلك الى نصيبه لانه لا يقدر
ان ينتقص من نصيب رب المال شيا فبقي له
السدس ويطيب ذلك لكلهم لان رب المال
يستحقه بالمال لانه نما ملكه والمضارب الاول
والثاني يستحقانه بالعمل لان عمل الثاني وقع
عنهما فصار نظير من استاجر خياطا ليخيط له
ثوبا بدرهم واستاجر هو غيره ليخيط له ذلك
الثوب بنصف درهم وزاد قيمة الثوب
طاب لهم جميعا لما قلنا فانه لا شبهة فيها وهي
تجارة حسنة حيث يستحق الاول سدس
الربح وهو قاعد قال ولو قيل له ما رزقك
الله بيننا نصفان اي قال رب المال للاول
ذلك والمسالة بحالها فللثاني ثلثه والباقي بين الاول
والمالك نصفان لان رب المال انما شرط ان يكون
ما رزق الله تعالى للمضارب الاول بينهما نصفين



والمرزوق للاول هو الثلثان لان الثلث استحقه
الثاني بشرط الاول وهو ما دون نصيبه فلم يكن
من رزق الاول الا الثلثين فيكون ذلك بينهما
نصفين ويطيب لهم بلا شبهة ايضا لما ذكرنا
وهذه احسن في حق الاول قال ولو قال له
ما ربحت بيننا نصفان فدفع بالنصف فللثاني
النصف واستويا فيما بقي اذا قال رب
المال للمضارب الاول ما ربحت فهو بيننا
نصفان ثم دفع الاول الى الثاني بالنصف فللثاني
نصف الربح لان الاول شرط له ذلك وشرطه
صحيح لانه باذن المالك والباقي وهو النصف
استويا فيه رب المال والمضارب الاول
فيكون بينهما نصفين لان رب المال لم يشترط
لنفسه منها الا نصف ما ربحه الاول ولم يربح
الاول ولم يربح هو الا النصف والنصف
الاخر صار للثاني بشرطه فلم يكن من ربح الاول
وهذه مثل المسألة الثانية غير ان المشروط
فيها للثاني الثلث فبقي لهما الثلثان وفي هذه
النصف فبقي لهما النصف قال ولو قيل له ما
رزق الله فلي نصفه وما كان من فضل فبيننا
نصفان فدفع بالنصف فللمالك النصف
وللثاني النصف ولا شيء للاول لان قول
رب المال ما رزق الله او ما كان من فضل

ينصرف

ينصرف الى جميع الربح فيكون بالنصف من الجميع
وقد شرط المضارب الاول للثاني نصف جميع
الربح فيكون له ايضا النصف فلم يبق للاول
شيء من الربح فيخرج بغير شيء كمن استاجر رجلا
ليخيط له ثوبا بدرهم فاستاجر الاجير غيره
ليخيط ذلك الثوب بدرهم بخلاف ما اذا قال
ما ربحت بيننا نصفان او ما رزقك الله حيث
يكون لرب المال فيهما نصف ما بقي من الثاني
وهي المسألة المتقدمة على ما بينا والاصل
فيه ان رب المال متى ما شرط لنفسه نصف
الربح او ثلثه من مطلق الربح فله ما شرط من جميع الربح وان شرط لنفسه نصف ما ربحه المضارب الاول او ثلثه فله ما شرط صح
مما فضل من نصيب الثاني فلا يمكن ان يخرج
الاول بغير شيء وفي الاولى يمكن على
ما رايت ويمكن ان يضمن الاول للثاني ايضا
على ما نبين قال ولو شرط للثاني ثلثيه
والمسألة بحالها ضمن الاول للثاني سدسا
اي سدس الربح من ماله لان رب المال
شرط لنفسه النصف من مطلق الربح فله
ذلك ويستحق المضارب الثاني ثلثي الربح
بشرط الاول لان شرطه صحيح لكونه معلوما
لكن لا ينفذ في حق رب المال اذ لا يقدر ان
يغير شرطه فيغرم له قدر السدس لانه
ضمن له سلامة الثلثين بالعقد ولانه غره .

من الربح

في ضمن عقد المضاربة وهو ايضا سبب
الرجوع كمن استاجر لخياطة ثوب بدرهم
فدفعه الاجير الى من يخيطه بدرهم ونصف
قال وان شرط للمالك ثلثه ولعبده
ثلثه على ان يعمل معه ولنفسه ثلثه صح اي اذا
شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب
المال ثلث الربح على ان يعمل العبد مع المضارب
ولنفسه ثلث الربح جاز لان اشتراطه لعبده
يكون اشتراطا للمولى فكانه شرط للمولى ثلثي
الربح واشتراط عمل العبد غير مفسد لانه من
اهل ان يضارب في مال مولاه وللعبد يد حقيقة
ولهذا لا يكون للمولى ولاية اخذ ما اودعه
العبد وان كان محجورا عليه لاسيما هنا لانه
يكون العبد ماذونا له باشتراط العمل عليه
فلا يكون يد مولاه ثابتة فيه بعد التسليم
اليه فصحت المضاربة ~~ولنفسه ثلث الربح~~
~~جاز~~ لزوال يد المولى عن المال بخلاف
ما اذا شرط عمل رب المال لان بقاء يده
يمنع تسليم المال الى المضارب فلا يجوز ثم
ان لم يكن على العبد دين فهو للمولى سواء شرط
فيها عمل العبد او لم يشترط وان كان عليه
دين فهو للغرماء ان شرط عمله وان لم
يشترط عمله فهو للمولى وان لم يشترط عمله

فهو صار مضاربا في مال مولاه وهذا ظاهر لانه باشتراط عمله
فيكون كسبه لغرمائه
الغرماء والا فهو للمولى صح

٥٢٢

فهو اجنبي عن العقد وكان المشروط كالمسكوت
عنه فيكون له لانه نماء ملكه اذ لا يشترط
بيان نصيبه وانما يشترط بيان نصيب المضارب
لكونه كالاجير وكذلك اذا اشترط الثلث
لعبد المضارب يصح سواء اشترط عليه
العمل او لم يشترط ان لم يكن عليه دين لان
ما شرط له للمولى فيكون كانه شرط للمولى
من الابتداء وان كان عليه دين ان شرط
عمله جاز وكان المشروط لغرمائه وان لم
يشترط عمله لا يجوز ويكون ما شرط له
لرب المال عند ابي حنيفة لان المولى لا يملك
كسب عبده المديون عنده فلا يكون
المشروط للعبد مشروطا للمولى فتعذر تصحيحه
له وكذا لا يمكن جعله للعبد من غير عمل فبطل
بخلاف ما اذا اشترط لعبد رب المال بلا عمل
فان العبد لم يستحقه فبقي في ملك رب المال
فيكون له لانه نماء ملكه وعندهما المولى يملك
كسب المديون فاشتراطه لعبده يكون
اشتراطا للمولى فصح هذا اذا كان العاقد
هو المولى ولو عقد العبد الماذون له عقد
المضاربة مع اجنبي وشرط العمل على مولاه لا يصح
ان لم يكن عليه دين لان اشتراط العمل على
المالك بخلاف العكس وان كان على العبد

دين صح عند ابي حنيفة لان المولى لا يملك
كسب عبده المديون فصار من اهل ان
يعمل في مال المضاربة وعندهما يملك
كسب عبده المديون فلا يجوز ولو شرط
بعض الربح لمكاتب رب المال او المضارب
ان شرط عمله جاز وكان المشروط له لانه
صار مضاربا له باشتراط العمل عليه وهو
من اهل ان يضارب في مال مولاه لانه
كالاجنبي عنه وان لم يشترط عمله لا يجوز
لان هذا ليس بمضاربة وانما المشروط هبة
موعودة فلا يلزم وعلى هذا غيره من الاجانب
ان شرط له بعض الربح وشرط عليه عمله
صح والا فلا ويعلم مما ذكرنا ان اشتراط عمل
العبد مع المضارب في المختصر وقع اتفاقا او
اعلاما ان يده ليست يد المولى حتى لا يمنع
صحة المضاربة بخلاف اشتراطه على المولى
قال **وتبطل بموت احدهما** لان المضاربة
وكالة وهي تبطل به ولا تورث وقد عرف
في موضعه قال **وبلحوق المالك مرتدا**
يعني تبطل المضاربة بلحوق رب المال
بدار الحرب مرتدا لان اللحوق بمنزلة
الموت ولهذا يورث ماله ويعتق
امهات اولاده ومدبروه وقبل لحوقه

يتوقف

يتوقف تصرف مضاربه عند ابي حنيفة
على النفاذ بالاسلام او البطلان بالموت او القتل
لانه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه ولو كان
المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها عندهم
لان تصرفاته انما توقفت لمكان توقفه في
ملكه ولا ملك له هنا في مال المضاربة
وله عبارة صحيحة فلا يتوقف في ملك
رب المال ~~اياه بشرط ان يعلم العزل لانه وكيل~~
~~من جهته~~ فبقيت المضاربة على حالها قال
وينعزل بعزله ان علم اي ينعزل المضارب
بعزل رب المال اياه بشرط ان يعلم العزل
لانه وكيل من جهته فيشترط فيه العلم بعزله
على ما بينا في الوكالة قال **فان علم والمال
عروض باعها** اي علم المضارب بالعزل
ومال المضاربة عروض باع العروض ولا
يمنعه من ذلك لان له حقا في الربح ولا يظهر
الا بالنض فيثبت له حق البيع ليظهر ذلك قال
ثم لا يتصرف في ثمنها لان البيع بعد العزل
كان للضرورة حتى يظهر الربح اذ كان فيه ولا حاجة
اليه بعد النض فصار كما اذا عزله بعد ما نض
وصار من جنس راس المال ولو عزله والمال
نقود لكن من خلاف جنس راس المال له
ان يبيعه بجنس راس المال قياسا لان النقدين

الصواب توقف بلا ضمير لان الضمير لا يرجع الا الى المرتد فاذا كان كذلك فسد المعنى لان التوقف في ملك المرتد لا فيه

جنس واحد من حيث المالية وفي الاستحسان
له ان يبيعه بجنس راس المال لان الواجب
على المضارب ان يرد مثل راس المال وانما
يتحقق ذلك برد جنسه فكان له بيعه
ضرورة وموته وارتداده مع اللحوق
وجنونه مطبقا والمال عروض كعزله
والمال عروض حتى لا يمنعه موت رب
المال من بيعه كما لا يمنعه عزله منه
لان جواز بيعه له بعد العزل لابطال
حق المضارب لاحتمال ان يكون فيه ربح
فيظهر وذلك لا يختلف بين ان يكون
العزل حكميا او قصديا لان حقه ثابت
فيه على كل حال بخلاف ما اذا لم يكن له فيه
حق بان يكون كله او كان وكيلا لا مضاربا
حيث يختلف فيه بين العزل القصدي
والحكمي حتى لا ينعزل في القصدي الا اذا علم
وفي الحكمي ينعزل علم او لم يعلم على ما بينا
من الفرق الذي بينهما في الوكالة وهنا
لا فرق بينهما لان المانع هو ثبوت حقه
وهو ثابت فيه على كل حال والدليل على
انهما يستويان فيه ان العلم بالعزل
لا تاثير له هنا فكذا كونه حكميا لان القصدي
بعد العلم يساوي الحكمي مطلقا قال ولو

افترقا وفي المال ديون وربح اجبر على اقتضاء
الديون لانه كالاجير والربح كالاجرة
له وقد سلم له ذلك فيجبر على اتمام
عمله كما في الاجارة المحضة قال وان
لا يلزمه الاقتضاء اي ان لم يكن في المال
ربح لا يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض وهو
متبرع فلا جبر على المتبرع على ايفاء ما تبرع به
ولهذا لا يجبر الواهب على التسليم والانتقال
الرد واجب عليه وذلك انما يكون بالتسليم كما اخذه لانا نقول الواجب عليه رفع الموانع وذلك بالتخلية لا بالتسليم صح
حقيقة قال ويوكل المالك عليه اي
يوكل المضارب المالك وهو رب المال على
على الاقتضاء لان حقوق العقد تتعلق
بالعاقد ورب المال ليس بعاقد فلا
يتمكن من المطالبة الا بتوكيله فيؤمر
بالتوكيل كيلا يضيع حقه وعلى هذا كل وكيل
بالبيع وكل مستبضع اذا امتنع من التقاضي
لا يجبر على التقاضي ولكن يجبر على ان يحيل طلب الديون واخذها من المديونين
صاحب المال كيلا يضيع حقه قال والسمسار
يجبر على التقاضي لانه يبيع ويشتري
للناس عادة بالاجرة فجعل ذلك بمنزلة
الاجارة الصحيحة بحكم العادة فيجب عليه
التقاضي والاستيفاء لانه وصل اليه بدل عمله
فصار كالمضارب اذا كان في المال ربح والسمسار

لكنه الاول المتوسط بين البايع والمشتري
فارسية معربة والجمع السماسرة يبيع
ويشتري للناس باجر من غير ان يستاجر
ولو استاجر باجرة معلومة على ان
يشتري او يبيع شيا معلوما لا يجوز
الاجارة لانه استاجر على عمل لا يقدر
على اقامته بنفسه فان الشرا او البيع
لا يتم الا بمساعدة غيره وهو البايع
والمشتري فلا يقدر على تسليمه والحيلة
في جوازه ان يستاجر يوما للخدمة فيستعمله
في البيع والشرا الى اخر المدة لان العقد
يتناول المنفعة وهي معلومة ببيان
قدر المدة وهو قادر على تسليمه بتسليم
نفسه في المدة ولو عمل من غير شرط واعطاه
شيا لا باس به لانه عمل معه حسنة
فجازاه خيرا وبذلك جرت العادة وما
راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن
قال وما هلك من مال المضاربة
فمن الربح لانه تابع وراس المال اصل
لتصور وجوده بدون الربح لا العكس
فوجب صرف الهالك الى التبع لاستحالة
بقائه بدون الاصل كما يصرف الهالك الى العفو
في الزكاة قال فان زاد الهالك على الربح

لم

٥٢٦

لم يضمن المضارب لانه امين فلا يكون
ضمينا للتنافي بينهما في شي واحد قال وان
قسم الربح وبقيت المضاربة ثم هلك
المال او بعضه ترادا الربح ليأخذ
المالك راس ماله اي اذا اقتسما الربح
والمضاربة باقية على حالها ولم يفسخاها
بان اقتسما بعض المال وتركا بعضه
في يد المضارب على انه راس المال والمقسوم
ربح ثم هلك المتروك في يده وهو امانة
ترادا الربح الذي اقتسماه حتى يستوفي رب
المال راس ماله لان الربح تابع وراس المال
اصل فلا يسلم الربح بدون سلامة الاصل
قال عليه السلام مثل المومن كمثل التاجر
لا يسلم له ربح حتى يسلم له راس ماله فكذلك
المومن لا يسلم له نوافله حتى يسلم له عزايمه
او قال فرايضه فاذا هلك ما في يده تبين انه
ليس براس ماله وان ما اقتسماه ليس بربح
اذ لا يتصور بقا التبع بدون الاصل فيضمن
المضارب ما اخذه على انه ربح لانه اخذه
لنفسه حتى يتم راس المال بخلاف ما بقي في يده
حيث لا يضمنه لانه لم ياخذه لنفسه وما اخذه
رب المال فمحسوب عليه من راس المال ونظيره
عزل الورثة بعض التركة لقضا دين الميت

عطف على عزل

به ثم اقتسامهم بقية التركة ثم هلك
المعزول فان قسمتهم قد بطلت ووجب
عليهم الترداد لقضاء الدين فان كان فيهم
غريم فهو محسوب عليه من الدين لان
الورثة لا يسلم لهم شيء الا بعد قضاء الدين
قال وما فضل فهو بينهما اى ما فضل من
راس المال بعد الترداد يكون بينهما لانه ربح
لان رب المال لم يبق له حق بعدما استوفى
راس ماله الا في الربح قال وان نقص لم
يضمن المضارب لانه امين فيه وان
قسم الربح وفسخت ثم عقدا فهلك
المال لم يترادا الربح الاول اى لو اقتسما
الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها ثانيا
فهلك المال بعد ذلك لم يترادا الربح
الاول لان المضاربة الاولى قد انتهت
بالفسخ وثبوت الثانية بعقد جديد
فهلاك المال في الثانية لا يوجب انتقاض
الاولى فصار كما اذا دفع اليه مالا اخر
وهذه هى الحيلة فيما اذا خاف المضارب
ان يسترد منه الربح بعد القسمة بسبب
هلاك ما بقي في يده من راس المال وصورة
هذه الحيلة ان يسلم المضارب راس المال
الى رب المال ثم يقتسمان الربح ثم يرد

رب

راس المال

رب المال الى المضارب ويقول له اعمل على
المضاربة فيكون بذلك مضاربة مستقبلة
فهلاك المال فيها بعد ذلك لا يوجب رد
الربح الذى كان فى الاولى وهكذا اذا فعلا
ذلك فى كل ما اقتسماه لا يجب عليهما الترداد
عند الهلاك والله اعلم **فصل**
اعلم ان ما يفعله المضارب ثلاثة انواع
نوع يملكه بمطلق عقد المضاربة وهو ما هو
معتاد بين التجار كالرهن والارتهان
والايجار والاستيجار والحمل والشراء له — للركوب صح
ولو سفينة اذا احتاج اليها وتاخير الثمن الى
اجل متعارف ولو بعد البيع لانه يملك
الاقالة بخلاف الوكيل بالبيع عند ابى
يوسف حيث لا يجوز تاجيله الدين بعد
البيع لانه لا يملك الاقالة ثم بيعه نسيئة
وما يملك بمطلق العقد ويملكه اذا قيل — ونوع لا يملكه صح
له اعمل برايك وهو ما يحتمل ان يلحق به فيلحق
به عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع
المال مضاربة او شركة وخلط مال المضاربة
بماله او بمال غيره لان رب المال رضي بشركته
لا بشركة غيره وهو امر عارض لا يتوقف
التجارة عليه فلا يدخل تحت مطلق العقد
ولكنه هو طريق فى التثمير فمن هذا الوجه

موافق لقيد خلافه عند وجود الدلالة وقوله
اعمل برايك دال عليه ونوع لا يملكه بمطلق
العقد ولا بقوله اعمل برايك الا ان ينص
عليه وهو الاستدانة لان فيه شغل ذمته
بالدين فلا يدل عليه اللفظ وصورته
هو ان يشتري بالدين بعد ما اشترى
براس المال كله سلعة من التجارة فاذا
فعل ذلك باذنه كان المشترى بينهما
على ما شرطا ويجب ان يتبع اصله حتى
يستحقانه بقدر استحقاقهما الاصل ويبطل
شرطهما فيه خلاف ذلك اذ هو شركة
وجوه وليس بمضاربة لانه اذا اشترى
براس المال عروضا ثم اشترى شيئا اخر
بالدين يكون زايدا على راس المال فلم
يعقد عليه المضاربة او اشترى باكثر
من راس المال ابتداء كان حصة دفع الزيادة
شركة لانه لو لم ينص عليه كان ينفذ
على المضارب فاذا اذن له نفذ عليهما
واخذ السفاتج مثله لانه استدانة وكذا
اعطاؤها لانه اقراض والعتق على مال
وغير مال والكتابة والهبة والصدقة كل ذلك
ليس من باب التجارة فلا يملكه الا بالنص ولو كان
معه دراهم فاشترى بكيلي او موزون او معدود

نفذ

٥٢٨

نفذ على المضارب لانه استدانة ولو اشترى
بدنانير كان للمضاربة استحسانا لانهما
جنس واحد من وجه قال ولا تفسد
المضاربة بدفع المال الى المالك بضاعة
وقال زفر يفسد ولا يستحق المضارب
من ربحه شيئا لان رب المال يتصرف في مال
نفسه فلا يصلح وكيلا فيه لان الوكيل هو
الذي يعمل لغيره وهذا عامل لنفسه فكيف يصلح
وكيلا لغيره فيه بل يكون مستردا للمال له
لانه يملك عزله واسترداد ماله في اي وقت
شاء اذا لم يتعلق حقه فصار كما اذا لم يسلمه
اليه من الابتداء وكما اذا اخذه بنفسه
من غير دفع المضارب اليه وهو ناض وكما
اذا دفعه اليه مضاربة والجامع ان كل واحد
منهما ينفي التخلية ومن شرطه ان يكون
المال مسلما الى المضارب ولان المضاربة اجارة
والاجير اذا استعان بالموجر في عمله
المؤجر لا يستحق الاجر كالخياط اذا استعان
بصاحب الثوب في خياطته لا يستحق الاجر عليه
فكذا هذا ولنا ان التسليم قد وجد وصار
التصرف بعد ذلك حقا للمضارب فيصلح ان يكون
رب المال وكيلا فيه كالاجنبي ولان المضاربة
فيها معنى الشركة اذ هي جائزة من غير توقيت

متعلق بالربح والعمل راجع الى المضاربة

وبعضه ما يخرج من العمل ولو عمل ولم يربح
شيئا لم يستحق شيئا ولو كان اجارة لاستحق
الاجرة بالعمل وانما يستحقه فرعا على عمله
كما يستحقه رب المال فرعا على المال فاذا كان
الاستحقاق بهذا الطريق صلح رب المال معينا
للمضارب لانه عامل فكان عمله ثابتا تقديرا
وكذا يده فلا يكون اخذه لا على وجه النسخ
مبطلا لها كالرهن اذا استعاره المرتهن لا يكون
فسخا للرهن بخلاف ما اذا اخذه بنفسه من
غير ان يدفع اليه المضارب لانه لا يمكن ان
يجعل معينا هنا لعدم الاستعانة به فيقع
العمل لنفسه ضرورة انه يملك ذلك والاسترداد
اذا كان المال ناضا حتى لو كان عروضا واخذه
من غير دفع المضارب لا يكون استردادا لانه
لا يملك عزله في هذه الحالة وبخلاف ما اذا لم
يسلمه اليه ابتداء واخذه بيد التسليم على
وجه المضاربة او شرط عليه العمل ابتداء حيث
يكون هذه الاشياء مبطلة للمضاربة لانها تمنع
التخلية او يكون العمل والمال مستحقا من
شخص واحد فيخرج بهما من ان يكون مضاربة
وبخلاف مسألة الخياط لانها اجارة محضة
فلا يتصور ان يقع عمل صاحب الثوب عن
الاجير اذ تسليم المنفعة والعمل شرط في الاجارة

ولا كذلك المضاربة لان فيها معنى الشركة
على ما بينا قال **فان سافر فطعامه وشرابه
وكسوته وركوبه في مال المضاربة وان عمل
في المصر فنفقته في ماله كالدواء** اي ان سافر
المضارب للتجارة في مال المضاربة فاكله
وشربه وملبوسه وركوبه يكون في مال
المضاربة وان عمل في مصره ففي ماله كما يكون
الدواء في ماله مطلقا لان النفقة تجب بسبب
الاحتباس كنفقة القاضي والزوجة وهو
اذا سافر صار محبوسا به فيجب مؤنته
الراتبة فيه بخلاف الدواء لانه من العوارض
وبخلاف الاجير لانه يستحق البدل بيقين
فلا يتضرر بالانفاق من ماله والمضارب
لا يستحق الا بالربح فيمكن ان لا يحصل فيه
ربح فلو لم ينفق منه لتضرر بخلاف الوكيل
والمستبضع لانهما متبرعان فيه بخلاف ما اذا
كان يعمل في مصره لانه لم يحتبس بمال المضاربة
فلا يجب له النفقة فيه وذلك لانه ساكن
بالسكنى الاصلي ووجوب النفقة على الغير بسبب
الاحتباس به فلم يوجد فيكون نفقته في ماله
وهو القياس في المضارب المسافر لانه بمنزلة
الوكيل او الاجير او الشريك وكل واحد منهم
لا يستحق النفقة فيما يعمل به فكذا هذا الا انا

بتركناه لما ذكرنا من المعنى ولان العادة
قد جرت ان المضارب ياكل من مال المضاربة
اذا عمل في غير مصره وفي مصره ياكل من ماله
والمكان القريب من مصره بمنزلة مصره
والفاصل انه اذا كان في مكان بحيث
يمكنه ان يغدو ويروح الى منزله فهو
كمصره لان اهل السوق يتجرون في السوق
ثم يبيتون في منازلهم وان لم يمكنه ان
يبيت في منزله فمؤنته في مال المضاربة لانه
صار محبوسا به ومن مؤنته الواجبة
فيه غسل ثيابه واجرة من يخدمه وعلف
دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج اليه
كالحجاز واجرة الحمام والحلاق وقص
الشارب كل ذلك من مال المضاربة
لان العادة جرت بها ولان نظافة البدن
والثياب توجب كثرة من يعامله لان صاحب
الوسخ يعده الناس من المفاليس فيجتنبون
معاملته فيطلق له من ذلك كله بالمعروف
حتى اذا زاد يضمن ولو رجع الى بلده وفي يده
شيء من النفقة في يده مما اشتراه الزوج وعن
الحسن عن ابي حنيفة ان الدواء ايضا يكون
في مال المضاربة لانه لاصلاح بدنه
وتمكنه من العمل فصار كالنفقة وجه

[illegible]

الظاهر

الظاهر ان النفقة معلوم وقوعها والحاجة
الى الدواء من العوارض فكان موهوما فلا
يجب كما في المراة وفي النهاية ان الشريك
اذا سافر بمال الشركة فنفقته في ذلك
المال روي ذلك عن محمد وذكر في الكافي
بعد ما ذكر وجوب النفقة للمضارب
في المال فقال بخلاف الشريك لانه لم يجر
التعارف ان الشريك العامل ينفق
على نفسه من مال الشريك الاخر قال
فان ربح اخذ المالك ما انفق من راس
المال اي اذا ربح المضارب اخذ رب
المال قدر ما كان انفق المضارب من راس
المال حتى يتم به راس المال فاذا استوفى
راس المال وفضل شيء اقتسماه لان راس
المال اصل والربح مبني عليه ولا يسلم لهما
الفرع حتى يسلم لرب المال الاصل وهذا
لان الذي ذهب بالنفقة هالك والهالك
يصرف الى الربح على ما بيناه قال فان
باع المتاع مرابحة حسب ما انفق على
المتاع لا على نفسه يعني اذا باع المضارب
المتاع الذي انفق عليه ضم جميع ما انفق
على المتاع من اجرة الحمل والطراز واجرة
السمسار والصباغ والقصار ونحو ذلك

بما ذكرنا في باب المرابحة الى راس المال بان
يقول قام علي بكذا لان هذه الاشيا تزيد
في القيمة وتعارف التجار الحاقها براس المال
في بيع المرابحة فجاز ذلك ولا يضم ما انفق
على نفسه في سفره وتقلباته في المال الى
راس المال لانهم لم يتعارفوا ضمه الى
راس المال ولا يزيد هو ايضا في قيمة المتاع
بخلاف الانفاق على المتاع لانها بالزيادة
على الثمن صارت في معنى الثمن قال **ولو
قصره او حمله بماله وقيل له اعمل برايك
فهو متطوع** يعني اذا قال رب المال للمضارب
اعمل برايك فاشترى بمال المضاربة
كله متاعا ثم نقله او قصره بمال
من عنده يكون متطوعا لان راس المال
لم يبق منه شي فيكون تنفيذه على رب المال
بعد ذلك استدانة من غير اذنه وهو لا
يجوز على ما بينا وكذا لو زاد على الثمن بان
اشتراه باكثر من راس المال يكون متطوعا
في الزيادة وفي الكافي لو اشترى بكل راس
المال وهو الف ثيابا واستقرض مائة
للعمل رابح بالف ومائة عند ابي حنيفة
لانها قامت عليه بذلك وان باعها بالفين
كانت عشرة من ذلك حصة المضاربة

اى عشرة اسهم على شرطهما وسهم للمضارب
خاصة لانه استقرضه لنفسه والكرى
في ماله خاصة لان المامور بالاستقراض
يصير مستقرضا لنفسه فكانت جهة ذلك
من الثمن له خاصة وعند محمد يبيع الثياب مرابحة
على الالف لا غير والثمن كله على المضاربة وهو
متطوع في الكرى لانه فعل بغير اذنه فصار كاستكرا
الاجنبي وقال في المحيط في تعليل قول ابي حنيفة
ان للمضارب في الثياب حقا يضاهي الملك الا
يرى انه لو نهاه رب المال عن بيع الثياب
لم يصح نهيه فكان بمنزلة المالك فقامت الثياب
عليه بالف ومائة فيبيعها مرابحة على الكل
فاذا باعها مرابحة يقسم ثمنها على ما بينا فما
اصاب مال المضاربة وهو عشرة اسهم بقيت
المضاربة فيها على حالها وما اصاب المائة المستقرضة
كان له خاصة قال **وان صبغه احمر فهو شريك
بما زاد الصبغ فيه** ولا يضمن لان الصبغ عين مال
قائم وقد اختلط بمال المضاربة وهو متقوم فيكون
شريكا ضرورة بخلاف القصارة والحمل لانه
ليس بعين مال قائم فلا يكون خلطا بمال المضاربة
الا يرى انه يضيع على الغاصب دون الصبغ
ثم اذا بيع المتاع يقسم ~~على حصة~~ الثمن على قيمة
الثوب ابيض وعلى ما زاد من الصبغ فما اصاب

قيمة الثوب كان على المضاربة وما اصاب
الزيادة كان له لان الثمن مال مشترك فيقسم
على قدر الانصبا وانما لا يضمن المضارب
بهذا الخلط لانه ماذون فيه لان قوله
اعمل برايك ينتظمه فلا يكون به متعديا
بل يكون مشتركا كما اذا هبت الريح في ثوب
انسان فالقته في صبغ غيره او اختلط المال
المودع بمال المودع بغير صنعه بخلاف
ما اذا لم يقل له اعمل برايك فانه لا يكون شريكا
بل يضمن كالغاصب قال ومعه الف
بالنصف فاشترى به بزا وباعه بالفين
واشترى بهما عبدا فضاعا غرم الف والمالك
الفا اي غرم المضارب ورب المال الفا ثم
غرم رب المال وحده الفا اخر فيغرم
المضارب خمسماية وربع العبد للمضارب
وباقيه على المضاربة وراس المال الفان وخمسماية
ويرابح على الفين لان المال لما صار الفين
ظهر الربح في المال وهو الف فكان بينهما فتعين
نصيب المضارب منه خمسماية فاذا اشترى
بالالفين عبدا صار العبد مشتركا بينهما
فربعه للمضارب وثلاثة ارباعه لرب
المال ثم اذا ضاع الالفان قبل النقد كان
عليهما ضمان ثمن العبد على قدر ملكيهما

والمالك الفا وخمسماية
قال صح

في

في العبد فربعه على المضارب وهو خمسماية
وثلاثة ارباعه على رب المال وهو الف
وخمسماية فنصيب المضارب خرج عن
المضاربة لانه صار مضمونا عليه ومال
المضاربة امانة وبينهما تناف ونصيب
رب المال على المضاربة لعدم ما ينافيها
وهو معنى قوله وباقيه على المضاربة يعني
ثلاثة ارباع العبد وراس المال هو جميع
ما دفع رب المال الى المضارب وهو الفان
وخمسماية لانه دفع اليه الفا اولا ثم الفا
وخمسماية ولا يبيع العبد مرابحة الا على
الفين لانه اشتراه بالالفين وهو معنى قوله
ويرابح على الفين ولو باع العبد بعد ذلك
باربعة الاف كان للمضارب ربعه وهو الف
والباقي للمضاربة وهو ثلاثة الاف فالالفان
وخمسماية منها راس المال وخمسماية ربح
بينهما نصفان قال وان اشترى من المالك
بالف عبدا اشتراه بنصفه رابح بنصفه
اي لو اشترى المضارب من رب المال بالف
درهم عبدا كان اشتراه رب المال بنصف
الالف يبيعه المضارب مرابحة على نصف
الالف وهو خمسماية ولا يجوز ان يبيعه
مراجعة على الالف لان بيعه من المضارب

فيه قياس ما تقدم في باب التولية والمرابحة من قوله ولو كان مضاربا بالنصف فاشترى بعشرة وباع بخمسة عشر يبيع مرابحة باثني عشر ونصف ... وفيه ... هذا جواب ... عن ... لم يشتمل على ...

كبيعه من نفسه لانه وكيله فيكون بيع ماله
لماله فيكون كالمعدوم ولان حكم بجوازه لتعلق
حق المضارب به فلا يجوز فيه المرابحة عليه
لانها مبنية على الامانة وعلى الاحتراز عن
شبهة الخيانة فينبني على ما اشتراه رب
المال فيكون المضارب كالوكيل له في بيعه
ولو كان بالعكس بان اشترى المضارب
عبدا بخمسمائة فباعه من رب المال بالف
يبيعه مرابحة على خمسمائة لان البيع الجاري
بينهما كالعدم ولما ذكرنا فتبنى المرابحة على
ما اشتراه به المضارب كانه اشتراه له وناوله
اياه من غير بيع قال معه الف بالنصف
فاشترى به عبدا قيمته الفان فقتل رجلا
خطا فثلاثة ارباع الفدا على المالك وربعه
على المضارب والعبد يخدم المالك ثلاثة
ايام والمضارب يوما لان مال المضاربة
اذا كان عينا واحدة قيمتها اكثر من راس
المال يظهر فيه الربح وهو الف هنا بينهما نصفان
والف لرب المال براس ماله لان قيمته الفان
فصار الفدا بينهما على هذه الوجه ارباعا
فثلاثة ارباعه على رب المال والربع
على المضارب لان الفدا مونة الملك فيتقدر
بقدره فاذا فدياه خرج العبد كله عن

المضاربة

المضاربة اما نصيب المضارب فلانه صار
مضمونا عليه على ما بينا واما نصيب رب المال
فبقضاء القاضي باقتسام الفدا عليهما لان
قضاءه بالفدا يتضمن قسمة العبد بينهما لان
الخطاب بالفدا يوجب سلامة المفدى
ولا سلامة الا بالقسمة بخلاف ما مضى لان كل
الثمن ثمة على المضارب لانه العاقد وان كان له
الرجوع على رب المال بما ضمن فلا حاجة الى
القسمة ولان العبد بالجناية صار كالزايل
عن ملكهما اذ الموجب الاصلي هو الدفع وبالفدا
صار كانهما اشترياه فاذا خرج عن المضاربة
يخدمهما على قدر ملكيهما بحكم الاشتراك بينهما
وهذا معنى قوله يخدم المالك ثلاثة ايام
اي رب المال والمضارب يوما قال معه
الف فاشترى به عبدا وهلك الثمن قبل
النقد دفع المالك الفا اخر ثم وثم وراس
المال جميع ما دفع يعني اذا كان مع المضارب
الف درهم فاشترى به عبدا وضاع الثمن
قبل النقد رجع على رب المال فاذا دفع اليه
ثانيا ثم هلك قبل النقد ايضا رجع على رب
المال ايضا فهكذا يرجع عليه كلما هلك الى
ما لا يتناهى ويكون راس المال جميع ما دفع
اليه رب المال بخلاف الوكيل حيث لا يرجع

عند هلاك الثمن بعد الشرا الاخرة واحدة
فالفرق ان المال في يد المضارب امانة
ولا يمكن حمله على الاستيفا لان الاستيفا لا
يكون الا بقبض مضمون والمضاربة ثانية على
ما بينا فكل قبض يكون امانة واذا هلك
كان الهلاك على رب المال وقبض الوكيل
بعد الشرا استيفا لانه وجب له على الموكل
مثل ما وجب عليه للبايع فاذا قبضه صار
مستوفيا لذلك فصار مضمونا عليه فان
هلك فليس له ان يرجع به على الموكل لان المستوفي
لم يبق له حق بعد الاستيفا ولم يوجد
ما يمنع من جعله مستوفيا لحقه مضمونا
عليه لان الوكالة لا تنافي الضمان الا يرى
ان الغاصب اذا توكل ببيع المغصوب جاز
وهو مضمون عليه فلا حاجة الى جعل ما قبضه
بعد الشرا امانة حتى اذا لم يقع (القبض) استيفا بان
دفع اليه الثمن قبل الشرا ثم اشتراه ثم
هلك قبل النقد رجع به على الموكل لوقوع
الاول امانة لانه لا يمكن جعله مستوفيا بقبضه
قبل الشرا لانه لم يجب له عليه شي حتى يصير
مستوفيا بالقبض فيكون امانة فاذا هلك
رجع عليه فيكون مضمونا عليه ثم اذا هلك
لا يرجع (ارجع الوكيل) لما ذكرنا بخلاف ما اذا لم يدفع اليه

الثمن

الثمن لا بعد الشرا حيث لا يرجع اصلا والمعنى
ما بيناه ولان ما قبضه الوكيل لو لم يحمل على
الاستيفا لزم منه تضييع المال على الموكل لان
الماخوذ منه ثانيا يضيع وفي المضاربة
لا يضيع لانه يلحق براس المال ويستوفيه
من الربح ولو لم يرجع لتضرر المضارب
فيرجع عليه دفعا للضرر عنه ولان الوكيل
انتهت وكالته بالشرا مرة وانعزل فلا يرجع
بعد الانعزال بخلاف المضارب فانه لا ينعزل
بالتصرف بل لا ينعزل بالعزل في بعض الصور
فيرجع عليه ما دام مستمرا له قال **ومعه
الفان فقال دفعت الي الفا وربحت الفا وقال
المالك دفعت الفين فالقول للمضارب** ومعنى
المسالة ان يكون مع المضارب ~~وكان ابو حنيفة~~
~~اولا~~ الفان فقال لرب المال دفعت الي الفا
وربحت الفا ~~وربحت الفا~~ وقال رب المال بل
دفعت اليك الفين فالقول للمضارب وكان ابو
حنيفة يقول اولا القول لرب المال وهو قول
زفر لان المضارب يدعي الربح والشركة فيه
ورب المال ينكر فالقول قول المنكر ثم رجع
فقال القول للمضارب وهو قول ابي يوسف
ومحمد لان حاصل اختلافهما في المقبوض فالقول
قول القابض في مقدار المقبوض امينا كان

او ضمينا الاترى انه لو انكر القبض بالكلية
كان القول له واذا اختلفا في راس المال والربح
بان قال رب المال انك شرطت لي نصف الربح
كان القول للمضارب في مقدار راس المال
لانه القابض والقول لرب المال في مقدار
الربح لانه المنكر للزيادة وهو لو انكر استحقاق
الربح عليه بالكلية بان قال كان المال في يده
بضاعة كان القول له فكذا في انكاره الزيادة
وايهما اقام البينة يقبل بينته لانها بينة
كاسمها وان اقاما البينة في هذه الصورة
كانت بينة رب المال اولى في مقدار راس
المال وبينة المضارب اولى في مقدار الربح لانها
اكثر اثباتا قال ومعه الف فقال هو
مضاربة بالنصف وقد ربح الفا وقال المالك
هو بضاعة فالقول للمالك لان المضارب يدعي
عليه تقوم عمله او الشركة في ماله او شرطا
من جهته ورب المال ينكر فكان القول قوله
ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال
هو وديعة او بضاعة او مضاربة فالقول
لرب المال والبينة بينة المضارب لان
المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر ولو
كان بالعكس بان ادعى رب المال القرض والمضارب
المضاربة كان القول للمضارب لانهما

راس المال الفان وشرطت لي الثلث من الربح وقال المضارب راس المال الف

اتفقا

اتفقا على ان الاخذ كان باذن رب المال ثم
رب المال وابو الخصوص اراد عي رب المال
المضاربة في نوع يدعي عليه ضمانا وهو منكر
فكان القول قوله وايهما اقام البينة قبلت
بينته ولو اقاما البينة كانت بينة رب المال
اولى لانها اكثر اثباتا ولو ادعى المضارب العموم
في كل تجارة وادعى رب المال الخصوص او ادعى
رب المال المضاربة في نوع وقال المضارب
ما سميت في تجارة بعينها كان القول للمضارب
لان الاصل فيها العموم فكان القول لمن
يتمسك بالاصل وقال زفر القول لرب
المال لان الاذن يستفاد من جهته فكان
اعرف به كالوكالة وكما اذا اختلفا قبل
العمل قلنا الاصل في الوكالة الخصوص وفي
المضاربة العموم وقبل العمل يكون انكار رب
المال نهيا له عن العموم وهو يملك ذلك فصح
نهيه ولو ادعى كل واحد منهما نوعا كان القول
لرب المال لانهما اتفقا على الخصوص فكان القول
قول من يستفاد من جهته الاذن اولى والبينة
بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم
حاجة الاخر الى البينة ولو وقتت البينتان
بان قال رب المال دفعت اليك مضاربة
ان تعمل في بز في رمضان وقال المضارب

دفعت الي لاعمل في طعام في شوال او بالعكس
واقاما البينة كانت بينة من يقول في شوال
اولى لان اخر الشرطين ينسخ اولهما وان لم
يوقتا وقتا او وقتا واحدا او وقتت احداهما
دون الاخرى يقضي بما قال رب المال كانهما
لم يوقتا وقد بينا المعنى والله اعلم بالصواب

كتاب الوديعة

قال الايداع هو تسليط الغير على حفظ
ماله والوديعة ما يترك عند الامين
هذا في الشرع وفي اللغة الوديعة مشتقة
من الودع وهو مطلق الترك قال عليه
السلام لينتهين اقوام عن ودعهم
الجماعات او ليختمن الله على قلوبهم او ليكونن
من الغافلين اي عن تركهم اياها قال
الله تعالى ما ودعك ربك وما قلى وقريت
بالتشديد والتخفيف والمودع الشيء المتروك
قال عليه السلام الايمان نور الله اودعه
في قلوب المؤمنين فعلى العبد ان يسال
التوفيق على حفظ وديعة الله تعالى
وعلى حفظ جميع الامانات فانه فرض
قال النبي صلى الله عليه وسلم على اليد
ما اخذت حتى تؤدي رواه ابو داود والترمذي
وقال عليه السلام الامانة تجر الغنا

وقال عليه الصلوة والسلام أدِّ الامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن وقال الله تعالى ان الله يامركم
ان تؤدوا الامانات الى اهلها وحفظها يوجب سعادة الدارين والخيانة توجب الشقا فيهما صح

والخيانة

٥٣٦

والخيانة تجر الفقر وروي ان زليخا لما ابتليت
بالفقر وابيضت عيناها من الحزن
على يوسف عليه السلام جلست على قارعة
الطريق في زي الفقرا فمر بها يوسف عليه
السلام فقامت تنادي فقالت ايها الملك
استمع كلامي فوقف يوسف عليه السلام
فقالت الامانة اقامت المملوك مقام
الملوك والخيانة اقامت الملوك مقام
المملوك فسال عنها فقيل انها زليخا فتزوجها
رحمة عليها ثم شرط الوديعة اثبات
اليد عليها عند الاستحفاظ وركنها قول
المودع اودعتك هذا المال او ما يقوم
مقامه من الاقوال والافعال والقبول
من المودع بالقول والفعل او بالفعل فقط
وحكمها وجوب الحفظ على المستودع ووجوب
الادا عند الطلب وصيرورة المال امانة
في يده قال وهي امانة فلا يضمن بالهلاك
لقوله عليه السلام لا ضمان على مؤتمن رواه
الدارقطني ولان المودع متبرع في الحفظ
وما على المحسنين من سبيل ولان يده
يد المالك فيكون هلاكها في يد المالك فلا
يجب الضمان ولان للناس حاجة الى الايداع
فلو ضمن المودع لامتنع الناس عن قبوله

الودايع فكانوا يرجون بذلك دهلاكها
لا يختلف بين ان تكون بنى يمكن التحرز عنه
او لا وبين ان يهلك للامين مال غيرها
معها او لم يهلك وقال مالك ان ادعى
انها سرقت وحدها يضمن لمكان التهمة
قال وللمودع ان يحفظها بنفسه
وبعياله لان المطلوب منه ان يحفظها
مثل ما يحفظ مال نفسه ومال نفسه
يحفظه بمن في عياله من زوجته وولده
ووالديه او غيرهم والمعتبر فيه المساكنة
لا النفقة عليه الا ترى ان المراة اذا دفعت
الوديعة الى زوجها لا تضمن ولو دفع الى الاجير
الذى استاجره مشاهرة و نفقته عليه
لا يضمن وعن محمد ان المودع اذا دفع الوديعة
الى وكيله وليس في عياله او دفع الى امين
من امنائه ممن يثق به في ماله وليس في
عياله لا يضمن لانه يحفظه مثل ما يحفظ
ماله قال رحمه الله يعلم ان العيال
ليس بشرط في حفظ الوديعة قال وان
حفظها بغيرهم ضمن اى بغير من في عياله
لان صاحبها لم يرض بيد غيره والايدى
تختلف في الامانة ولان الشئ لا يتضمن مثله
كالمضارب والوضع في حرز غيره من غير استيجار

لا يضاربه

له ايداع حتى يضمن به لان الوضع في الحرز
وضع في يده الحرز فيكون كالتسليم اليه
قال الا ان يخاف الحرق او الغرق
فيسلمها الى جاره او فلك اخر لان التسليم
الى جاره او الالقا الى سفينة اخرى
عند احاطة النار بداره وعند تخبط
السفينة تعين حفظا فلا يضمن به ولا يصدق
على ذلك الا ببينة لان تسليم الوديعة
الى غيره موجب للضمان ودعوى الضرورة
دعوى مسقط له فلا يقبل الا ببينة كما
اذا اتلفها بالصرف في حاجته باذن صاحبها
قالوا اذا لم يمكنه ان يدفعها الى من هو في
عياله وان امكنه ان يحفظها في ذلك الوقت
بعياله فدفعها الى الاجنبى يضمن لانه
لا ضرورة له فيه وكذا لو القاها في سفينة
اخرى وهلكت قبل ان تستقر فيها بان
وقعت في البحر ابتداء او بالتدحرج يضمن
لان الاتلاف حصل بفعله قال فان
طلبها ربها فحبسها قادرا على تسليمها او
خلطها بماله حتى لا تتميز ضمنها لانه متعد
بالمنع بعد الطلب مع القدرة على تسليمها
اذ لا يرضى صاحبها بامساكها بعده فيكون
متعديا لانقضاء يده عليها كيد الغاصب

يدس في م

فيضمن وكذا بالخلط صار مستهلكا متعديا
اذ لا يمكنه الوصول الى عين حقه بسبب
فعله فيجب عليه الضمان ويملك المخلوط
ولا سبيل للمودع في المخلوط عند ابي حنيفة
وقالا اذا خلطها بجنسها شركه ان شاء
لانه لا يمكنه الوصول الى عين حقه
صورة وامكنه معنى بالقسمة فيكون
استهلاكا من وجه فيميل الى ايهما شاء
وهذا لان القسمة فيما لا يتفاوت احاده
افراز وتعيين حتى يملك كل واحد من
الشريكين ان ياخذ حصته عينا من غير
قضاء ولا رضا فكان امكان الوصول الى عين
حقه ~~صورة وامكنه معنى بالقسمة~~ فيتخير قائما معنى صح
وله انه استهلاك من كل وجه لانه فعل
يتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا
يكون الاستهلاك من العباد اكثر من ذلك
لان اعدام المحل لا يدخل تحت قدرتهم
فيصير ضامنا ولا معتبر بالقسمة لانها
من موجبات الشركة ليصل كل واحد الى حقه
فلا يصلح ان يكون موجبة للشركة لان حكم
العلة لا يكون علة العلة ثم قالوا الاباحة
للخالط التناول قبل اداء الضمان ولو ابرأ المودع
الخالط لا سبيل للمودع على المخلوط عند ابي

حنيفة

حنيفة لان حقه في الدين لا غير وقد
سقط بابرائه وعندهما يسقط الخيار
فتتعين الشركة في المخلوط وفيه تظهر ثمرة
الخلاف ولو خلط المائع بخلاف جنسه
كالزيت بالشيرج وجب انقطاع حق المالك
بالضمان لانه استهلاك صورة وكذا معنى
لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس
وتعين المبادلة ومن هذا القبيل خلط
الحنطة بالشعير في الصحيح لان احدهما
لا يخلو عن حبات الاخر فيتعذر التمييز في
الجملة وقياس ان يكون المخلوط
ملكا للخالط عند ابي يوسف يجعل الاقل
تبعا للاكثر اعتبارا للغالب اجزاء وعند
محمد شركه بكل حال لان الجنس لا يغلب
الجنس عنده وقد مر في الرضاع ولو
خلطت الفضة بالفضة بعد الاذابة
صار من جنس المائعات لانه مائع حقيقة
عند الخلط فيكون على الخلاف المذكور
قال وان اختلطت بغير فعله اشتركا
لان الضمان لا يجب عليه الا بالتعدي ولم يوجد
اذ لم يوجد منه فعل فيشتركان
وهذه شركة املاك وقد بيناها
في الشركة قال ولو انفق بعضها

وقيل لا ينقطع بالاجماع لامكان التمييز صح

عند ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه وفي الاسبيجابي الاصح ان الخلط [illegible] عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ينقطع حق المالك [illegible] صح

قوله ومثله لو خلطه بالباقي ضمن الكل لان
البعض صار مضمونا عليه بالانفاق لانه
تعدى فيه وصار البعض الاخر مضمونا
ايضا لكونه خلط ماله بها لان الضمان
لا يصح الا بالتسليم الى صاحبه وقبله
باق على ملكه فاذا خلطه بالوديعة
صار مستهلكا للوديعة فيقضي على ما بينا
قال وان تعدى فيها ثم ازال التعدى
زال الضمان بخلاف المستعير والمستاجر
واقراره بعد جحوده وقال الشافعي
لا يبرا عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع
حين صار ضامنا للمنافاة بين الضمان
والامانة فلا يبرا الا بالرد على صاحبه
ولا تعود الامانة الا بعقد جديد فصار
كالمستعير وكالمستاجر وكالجحود ولنا
انه مامور بالحفظ وقد وجد وهذا لان
الامر بالحفظ مطلق فيتناول الاوقات
كلها فاذا خالفه في البعض ارتفع حكم
العقد في ذلك البعض فاذا رجع الى الوفاق
في غيره اتى بالمامور به فيه فارتفع الخلاف
ضرورة فتعود الامانة كما اذا استاجر
اجيرا للحفظ فترك الحفظ في بعضها ثم عاد في مدة
فانه يستحق الاجر بقدره بخلاف المستعير

والمستاجر

والمستاجر للعين اذا تعدى في العين
المستاجرة والمستعارة ثم ازال التعدي
حيث لا يبرا من الضمان لان البراءة من الضمان
انما تكون باعادة يد المالك حقيقة او حكما
ولم يوجد ذلك لان قبضهما العين كان
لانفسهما لاستيفاء المنافع فاذا تركا
الخلاف لم يوجد الرد الى صاحبها لا حقيقة
ولا حكما بخلاف المودع فان يده يد
المالك حكما لانه عامل له في الحفظ فاذا
ترك الخلاف فقد ردها الى يد صاحبها
حكما فيبرا اذ هو نائب عنه وبخلاف الجحود
لان الجحود رفع للعقد وينفسخ به العقد
فلا يعود الا بعقد جديد كالاحكام الشرعية
فانه بالجحود ينتقض ايمانه فلا يعود
مسلما الا بعقد جديد وبالمخالفة فعله
لا ينتقض حتى لو عاد الى الوفاق صح ولهذا
جحود الوكيل الوكالة يكون فسخا وكذا
جحود احد المتبايعين البيع يكون فسخا
ولانه لما جحد بحضرته عزل نفسه وهو
يملك ذلك بحضرته وينفرد به ولانه لما
طالبه المودع فقد عزله فيكون هو بعد
ذلك بالامساك غاصبا ولو عاد الى الاقرار
وهذا معنى قوله في المختصر بخلاف المستعير

والمستاجر واقراره بعد جحوده وقال ابو
يوسف لو جحدها عند غير صاحبها او عنده
حين سأله عن حالها من غير ان يطلب منه الرد او طلب منه
الرد عنده من يخاف عليها فجحدها لا يضمن
لان الجحود في هذه الصورة من باب الحفظ
وهو مأمور به فلا يعد انكارا ولا خلافا
وانما هو اتيان في الحفظ ولانه لا يملك عزل
نفسه حال غيبته ولم يعزله صاحبها
فيكون باقيا على حاله وقال زفر يضمن لان
الجحود سبب الضمان لكونه اتلافا حكما
فلا يختلف باختلاف الاحوال كالاتلاف
حقيقة قلنا في هذه الاحوال ليس باتلاف
وانما يكون اتلافا اذا اراد تملكها ومراده
هنا حفظها بقطع طمع الطامعين فكيف يكون
اتلافا قال **وله ان يسافر بها عند عدم النهي**
والخوف اي للمودع ان يسافر بالوديعة
اذا لم ينهه المودع ولم يخف عليها بالاخراج
وهذا على الاطلاق قول ابي حنيفة وقال
ابو يوسف له الخروج بها الى مسافة قصيرة
وان طالت لا يخرج بما له حمل ومؤنة
لان القصيرة لا يخاف فيها عادة ولهذا تسافر
المرأة السفر القصير بغير محرم ولا زوج
وقال محمد لا يخرج بما له حمل ومؤنة لانه

يلزمه

يلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة
والظاهر من حال المودع انه لا يرضى به وربما
تستغرق المؤنة الوديعة وفيه اهلاكها
فلا يجوز كالوكيل بالبيع حيث لا يكون
له اخراج المبيع فان اخرج ضمن وقال
الشافعي ليس له ان يخرج بها سواء كان
له حمل ومؤنة او لم يكن لان المطلق ينصرف
الى المتعارف وهو الحفظ في الامصار عادة
وصار كالاستحفاظ باجر ولابي حنيفة
ان الامر مطلق فلا يتقيد بالمكان
كما لا يتقيد بالزمان والمفازة محل
الحفظ اذا كان الطريق آمنا والكلام
فيه فصار كالمصر ولهذا يملك الاب والوصي
في مال الصغير مع ان ولايتهما نظرية
لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا
بالتي هي احسن ولولا انه من الاحسن
لما جاز ذلك لهما الا يرى ان الجودة
في الاموال الربوية يتقوم بتصرفهما حتى لا ينفذ
بيعهما بمثلها وزنا لعدم النظر والوكيل
بالبيع مأمور بالبيع لا بالحفظ وانما يجب
عليه الحفظ بمقتضى الامر بالبيع اذ لا
يمكنه بيعه الا بعد حفظه والاستحفاظ
باجر عقد معاوضة فيقتضي التسليم

في سكان العقد وما يلزم الآمر من مؤنة
الرد ضرورة صحة امره فلا يعد ذلك امرا
به والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم
فيه ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها
كاهل الاخبية ولو كان الطريق مخيفا ليس
له ان يسافر بها ان كان له منه بدٌّ وان
لم يكن له منه بدٌّ بان يسافر مع اهله
لا يضمن ولو نهاه ان يخرج بها من المصر
فخرج بها ضمن ان كان له منه بدٌّ لان المصر ابلغ
في الحفظ فكان التقييد مفيدا وان لم
يكن له منه بدٌّ لا يضمن **قال ولو اودعا
شيئا لم يدفع المودع الى احدهما حظه**
اي لو اودع رجلان شيئا عند رجل فحضر
احدهما يطلب نصيبه لم يدفع اليه حتى يحضر
الآخر وهذا عند ابي حنيفة وهو مروي عن
علي رضي الله عنه وقالا له ذلك والخلاف
في ذوات الامثال وفي غيره ليس له ذلك
بالاجماع لهما ان الحاضر طلب نصيبه خاصة
فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين المشترك
وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو
النصف وهو له ولهذا كان له ان ياخذه
اذا ظفر به فكذا يؤمر المودع بالتسليم
اليه ولابي حنيفة ما رويناه عن علي رضي الله عنه

ولان المودع لا يملك القسمة بينهما ولهذا
لو دفع اليه نصفه لا يكون قسمة
بالاجماع حتى اذا هلك الباقي رجع صاحبه
على الآخذ بحصته بالاجماع فاذا لم
يقع قسمة لا يجوز له ان يدفع نصيب الغايب
اليه لعدم اذنه بذلك فيكون متعديا
بالدفع فيضمن نصفه بخلاف الدين المشترك
لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون
تقضى بامثالها واخذ الشريك عند الظفر
به لا يدل على ان المودع يؤمر بالدفع
الا ترى ان رجلا اذا كان له على انسان
الف درهم دين وللمديون الف درهم وديعة
عند آخر فللغريم ان ياخذ الوديعة اذا
ظفر بها وليس للمودع ان يدفع اليه ولا يؤمر
بذلك وروي ان رجلين دخلا الحمام
واودعا عند الحمامي الفا فخرج احدهما
فطلبه منه فاعطاه ثم خرج الآخر وطالبه
فتحير الحمامي وذهب الى ابي حنيفة فقال
له قل لا اعطيك حتى يحضر صاحبك فانقطع
قال **وان اودع رجل عند رجلين مما
يقسم اقتسماه وحفظ كل نصفه ولو دفع
الى الآخر ضمن بخلاف ما لا يقسم** وهذا
عند ابي حنيفة وكذا الجواب في المرتهنين

والوكيلين بالشرى اذا سلم احدهما الى الاخر
وقالا لاحدهما ان يحفظ باذن الاخر
في الوجهين لان المودع رضي بامانتهما
فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الاخر
ولا يضمن كما فيما لا يقسم ولابي حنيفة
وهو القياس ان المالك رضي بحفظهما لا بحفظ
احدهما ورضاه بامانة الاثنين لا يكون
رضى بامانة الواحد وهذا لان الاصل
ان فعل الاثنين اذا اضيف الى ما يقبل
الوصف بالتجزي يتناول البعض لا الكل
فاذا سلم الكل الى الاخر ولم يرض
المالك به ضمن ولا يضمن القابض لان مودع
المودع لا يضمن عنده واما فيما لا يقسم فالمالك
رضي بثبوت يد كل واحد منهما على الانفراد
في الكل لانه لما اودعهما مع علمه بانهما لا يجتمعان
على حفظها اناء الليل والنهار وامكنهما المهايأة
صار راضيا بحفظ كل واحد منهما بجميعه على
الانفراد قال ولو قال لا تدفع الى
عيالك او احفظه في هذا البيت فدفعها الى
من لا بد له منه او حفظ في بيت اخر من الدار
لم يضمن اي المودع قال ذلك للمودع بخالفه
في ذلك لا يضمن لانه لا يمكنه الحفظ مع مراعاة شرطه
فلم يكن مفيدا فيلغو وهذا اذا كانت الوديعة

او المناوبة

او علم القطان

مما

مما يحفظ في يد من منعه المودع من الدفع
اليه مثل ان يكون الوديعة فرسا فيمنعه
من التسليم الى امراته او كانت بيوت الدار
متساوية اما اذا كانت الوديعة مما لا يحفظ
في يد من نهاه عن الدفع اليه كما اذا كانت
الوديعة فرسا نهاه عن الدفع الى امراته
او كانت عقد جوهر فنهاه عن التسليم الى
غلامه او كانت بيوت الدار مختلفة بان كان في بعضها
عورة ظاهرة فيضمن بالمخالفة لان التقييد مفيد
في مثله قال وان كان له منه بد فحفظها
في دار اخرى ضمن اي ان كان له بد من دفع
الوديعة الى من نهاه عن دفعها اليه بان نهاه
ان يدفعها الى امراته فلانة وله امراة
اخرى او نهاه ان يسلمها الى غلامه فلان
وله غلام اخر فخالفه او قال له احفظها
في هذا البيت او في هذه الدار فحفظها
في دار اخرى ضمن لان الناس يختلفون
في الامانة والكياسة ومعرفة طرق
الصيانة والاحتراز عما يوجب شينا
في الدين اذا لم يحمله على الحفظ كما ينبغي وكذا
الدور تختلف في الحرز فكان هذا الشرط
مفيدا فيعتبر اذا كان لا يخرج بالوفاء
بالشرط وذلك عند وجود من ذكرنا

غلامه او يكون عقد جوهر فيمنعه
من التسليم الى امراته او كانت
صح

والا فلا قال ومودع الغاصب ضامن
لا مودع المودع وهذا عند ابي حنيفة
وعندهما يضمن مودع المودع ايضا فيكون
لصاحبها الخيار ان شاء ضمن الاول وان
شاء ضمن الثاني فان ضمن الاول لا يرجع
به على احد وان ضمن الثاني رجع به
على الاول لكونه عاملا له لان الاول
خاين بالتسليم الى الثاني بغير اذن
المالك والثاني متعد بقبضه بغير
اذنه فنزلا منزلة الغاصب ومودع
الغاصب او الغاصب وغاصب الغاصب
او الغاصب والمشتري منه غير ان الثاني
مغرور من جهة الاول عامل له فيرجع
عليه بالحقه من العهدة وله انه او المودع للمودع
تبعض المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن
او المودع
ما لم يفارقه لحضور رأيه لان حفظه
باق ما دام في مجلسه وصاحبها رضي
به باعتبار حصول رايه لا بصورة
يده بدليل انها لو هلكت قبل ان
يفارقه لا يضمن واحد منهما بالاجماع
فعلم بذلك ان الايداع مباح له اذ السعر
ينقطع راي الاول فلا يكون متعديا بمجرد
الدفع ما لم يفارقه فاذا فارقه صار مضيعا

لها وقت التفريق بترك الحفظ الملتزم
بالعقد والقابض منه لم يكن متعديا
بالقبض بدليل ما ذكرنا من عدم وجوب
الضمان بالهلاك قبل ان يفارقه
الاول وبعد الافتراق لم يحدث فعلا
اخر بل هو مستمر على ذلك الفعل وهو
امين فيه فكيف يكون متعديا ضامنا بعده
وهو لم يفوت الحفظ الذي التزمه
بعقد وهذا لانه لما صار في اوله امينا
وجب ان يبقى كذلك حتى يوجد منه
فعل يبطل قصار نظيرها لو هبت الريح
في ثوب انسان فالقته في حجر غيره فانه
لا يضمن بالاستمرار ما لم يوجد منه فعل وهي مسئلة مودع المودع ومن مسئلة من القى الريح في حجره
تعد فكذا هذا والجامع بينهما ان كل
واحد منهما لم يكن متعديا في الابتداء فلا
ينقلب متعديا بدون احداث فعل اخر
ولا يقال لو لم يكن متعديا بالدفع
لما ضمن بالفراق كما اذا دفعها الى من في
عياله فلما ضمن بالفراق علم انه متعدي
فيكون القابض منه ايضا متعديا فيضمن
ضرورة لانا نقول انما جاز له الدفع وهو
حاضر بالاجماع بدليل ما ذكرنا فصار
كان المودع قال له اذنت لك ان تدفعه

الى غيرك بشرط ان لا تفارقه فانه
لا يضمن ما دام معه فكذا هذا بخلاف
مسألة الغاصب والغاصب منه
واخواتها لانهم صاروا امثله بالتلقي
منه ابتدا لعدم اذن المالك فكذا
ههنا ثم مودع الغاصب ان لم يعلم انه
غاصب رجع على الغاصب ثم لا اخذا
وان علم فكذلك في الظاهر وحكى ابو اليسر
انه لا يرجع واليه اشار شمس الائمة
ذكره في النهاية وقال ابن ابي ليلى لا يضمن
المودع بالايداع ولا مودع المودع
بالقبض بنا على ان له ان يودع عنده
لانه يجب عليه ان يحفظ الوديعة بما يحفظ
ماله ويحفظ ماله تارة بنفسه وتارة
بغيره قلنا لم يوجد من المودع الرضا
بالدفع الى غيره ولا دلالة على الرضا
اذ لو رضي بغيره لما اودعها عنده فكان
متعديا بالدفع فيضمن قال **معه الف**
ادعى رجلان كل انه له اودعه اياه
فنكل لهما فالالف لهما وعليه الف اخر
بينهما اي اذا كان في يد رجل الف
فادعاها رجلان كل واحد منهما انها له
اودعها اياه فحلف لهما فان نكل لهما

الظا اودعها

كان

كان الالف بينهما وعليه الف اخر بينهما
بيان ذلك ان دعواهما صحيحة فيجب
عليه اليمين لهما فان حلف لهما فلا شي
لهما عليه لعدم الحجة وان حلف لاحدهما
ونكل للاخر قضي به لمن نكل له دون الاخر
لوجود الحجة في حقه دون الاخر وان نكل
لهما قضي به بينهما لعدم الاولوية ثم يجب
عليه الف اخر لهما لاقراره به او لبذله
اياه على اختلاف الاصلين ولايهما
بدأ القاضي بالتحليف جاز لتعذر الجمع
بينهما وعدم الاولوية والاولى
عند التساوي ان يقرع بينهما تطييبا
لقلوبهما ونفيا للتهمة فان نكل للاول (لتهمة الميل)
لا يقضي به حتى يحلفه للثاني ليكشف وجه
القضا هل هو لهما او لاحدهما (أي المدعى عليه) كما اذا اقاما
البينة بخلاف ما اذا اقر لاحدهما فانه يحكم
به له لان الاقرار حجة ملزمة بنفسه
والنكول لا يكون حجة الا بالقضا ولهذا
لو نكل ثم حلف لا يلزمه شي وكذا البينة
لا تكون حجة الا بالقضا فيؤخر القضا حتى
يكشف وجهه ولا ضرر عليه بالتاخير
لانه لا يقضي للمتقدم حتى يحلف للمتاخر
ولو نكل للثاني ايضا قضي به بينهما نصفين

لاستوائهما في الحجة ويغرم الف آخر نصفين
كما ذكرنا في المختصر لانه بالنكول اوجب لكل
واحد منهما كل الالف كانه ليس معه
غيره فاذا صرفه اليهما فقد صرف نصف
نصيب كل واحد منهما الى الآخر فيغرمه
فلو قضى القاضي للاول حين نكل قبل
ان يحلف للثاني لا ينفذ قضاؤه حتى
لو نكل للثاني بعده كان الالف بينهما
لان القضاء للاول لا يبطل حق الثاني وقال
الخصاف ينفذ قضاؤه لانه محل مجتهد
فيه لان من العلماء من قال ينفذ قضاؤه للاول
ولا يشاركه الثاني فيه لان النكول حجة
شرعية كالاقرار ووضع المسألة في العبد
ولا فرق بينهما لان النقود تتعين في
الودائع والمغصوب ثم لا يحلف المدعى
عليه للثاني بعد القضاء للاول مقتصرا
على قوله ما هذا العبد لي بالاجماع لان نكوله
لا يفيد بعدما صار العبد لغيره بل
يحلف اذا ادعى اليه القيمة بان يقال له بالله ما لهذا
عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا
ولا اقل منه قيل ينبغي ان يحلف عند
محمد خلافا لابي يوسف بناء على ان المودع
اذا اقر بالوديعة ودفعها الى غيره يضمنه

بينهما

لا يبطل حق الثاني

عند

عند محمد خلافا لابي يوسف فانه يقول
ان ما فات من حقه لم يفت بمجرد اقراره
وانما فات بالدفع الى الاول وذلك بقضاء
القاضي فلا يضمن ولكن محمد رحمه الله يقول
هو الذي سلط القاضي على القضاء به
للاول باقراره ثم اقر للثاني بانه مودع عنده
والمودع يكون ضامنا بالتسليط والله اعلم

كتاب العارية

قال هي تمليك المنافع بغير عوض هذا في الشرع
وفي اللغة مشتقة من العار منسوبة
اليه ورد بانها فعلية لان طلبها عار في
الشرع ما ذكره في الكتاب وقال الكرخي
والشافعي هي اباحة الانتفاع بملك الغير
لانه ينعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط
فيه ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك
وكذا يعمل فيه النهي ولا يملك الاجارة من
غيره ونحن نقول انها تنبئ عن التمليك لانها
مأخوذة من العرية وهي العطية في الثمار
بالتمليك من غير عوض ثم استعمل في
المنفعة كذلك فتضمنت تمليكا ولهذا ينعقد
بلفظ التمليك وله ان يعير فيما لا يختلف
باختلاف المستعمل ولو كانت اباحة لما جاز
لان المباح له ليس له ان يبيح لغيره وهذا

لغيره وهذا لان تمليك المنافع مشروع
بعوض كالاجارة فوجب ان يكون
مشروعا بغير عوض ايضا كالاعيان
لان كل ما جاز فيه التمليك ببدل
جاز فيه التمليك بغير بدل الا النكاح
والجهالة لا تفضي الى المنازعة وكل جهالة
لا تفضي الى المنازعة لا توجب الفساد
وهذا لانها غير لازمة فله ان يرجع
في كل ساعة بخلاف المعاوضات
فانها لازمة والجهالة فيها تفضي الى المنازعة
حتى اذا كانت لا تفضي الى المنازعة كالمخاط(؟)
جازت من غير ضرب المدة والنهي منع
عن تحصيل ما لم يحصل وهو يوجد بعد
فيكون امتناعا عن التمليك ولهذا
لا يجوز اجارته لانها لم تدخل في ملكه
قبل حدوثه قال وتصح باعرتك
اي بقوله اعرتك لانه صريح فيه قال
واطعمتك ارضي ومنحتك ثوبي لان
الاطعام اذا ~~اضيف لما~~ لا يؤكل عينه
~~يضاف~~ الى ما لا يؤكل عينه يراد به
ما يستغل منه مجازا لانه محله ومنحتك
ثوبي ~~لان الاطعام اذا اضيف~~ معناه
اذا لم يرد به الهبة لان المنح للتمليك

العين

قال

العين عرفا فعند عدم ارادته يحمل على
تمليك المنافع ومثله ان يعطي الرجل ناقة او شاة
ليشرب لبنها ثم يردها اذا ذهب دربها ثم كثر
ذلك حتى قيل في كل من اعطى شيئا منح واذا اراد به
الهبة افاد ملك العين والا بقي على اصل
وضعه قال وحملتك على دابتي اي اذا لم
يرد به الهبة لان هذا اللفظ مستعمل فيهما
يقال حمل فلان فلانا على دابته يراد به الهبة
تارة والعارية اخرى فاذا نوى احدهما صحت
نيته وان لم يكن له نية حمل على الادنى كيلا يلزمه
الاعلى بالشك واخدمتك عبدي لانه يراد
به العارية لانه اذن له في الاستخدام
قال وداري لك سكنى وداري لك عمرى
سكنى لان قوله داري لك يحتمل تمليك ان تكون
له رقبتها ويحتمل ان يكون له منفعتها وقوله
سكنى محكم في ارادة المنفعة فيحمل المحتمل عليه
لان قوله سكنى خرج مخرج التفسير له اي المحتمل
قال ويرجع المعير متى شاء لقوله عليه السلام
المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع
تحدث شيئا فشيئا ويثبت الملك فيها بحسب
حدوثها فالرجوع امتناع عن تمليك ما لم
يحدث فله ذلك قال ولو هلكت بلا تعد
لا يضمن وقال الشافعي يضمن اذا هلكت في غير

حالة الاستعمال لانه قبض مال الغير لنفسه
لا عن استحقاق فاشبه الغصب وقال
~~عليه السلام العارية مضمونة وقد استعار~~
عليه السلام على اليد ما اخذت والمراد
بمثله من يأخذ لنفسه وقال عليه
السلام العارية مضمونة وقد استعار
عليه السلام دروعا من صفوان يوم [وكان يهوديا]
احد فقال اغصبا يا محمد فقال لا بل
عارية مضمونة فكان قناع بعضها
فعوض عليه النبي صلى الله عليه وسلم
فقال انا اليوم في الاسلام ارغب
رواه احمد وابو داود والاذن بالقبض
ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراء
حالة الاستعمال بخلاف المستاجر
لان القبض فيهما عن استحقاق ولانه
لمنفعة صاحبه وبخلاف الوديعة لانه [ر الاجارة]
قبضها لمنفعة صاحبها لا لنفسه ولهذا
لا يكون عليه مؤنة الرد ولهذا اذا هلكت عنده
وضمنه المستحق قيمتها يرجع على المودع وفي
العارية لا يرجع وبخلاف العبد الموصى بخدمته
لان قبضه عن استحقاق فان الوارث يلزمه
تسليم العين اليه ولنا قوله عليه السلام
ليس على المستعير غير المغل ضمان وهو قول علي

[ر الخائن وهو من الغلول]

وابن

وابن مسعود ولانه قبضه باذن صاحبه
لا على وجه الاستيفاء ولا على سبيل المبادلة
فلا يضمن كالاجارة والوديعة وهذا لان
ضمان العقود وان لا يجب الا على المتعدي
ومع الاذن بالقبض لا يوصف بالتعدي
فانتفى الضمان ضرورة انتفاء القبض
على وجه التعدي وانتفاء المبادلة لان
وجوبه شرعا اما بعقد موجب للضمان [كالبيع الصحيح]
او شبهته بان كان فاسدا او بالتعدي
فالعقد الدال على وجوب الضمان لم [كالبيع الفاسد]
يوجد ولا شبهته لانه عقد تبرع والتعدي
لا يتصور مع الاذن الا ترى انه لو اذن
له بالاتلاف فاتلفه لا يضمن فهذا اولى
لانه دونه وحديث صفوان كان بغير
اذنه لحاجة المسلمين ولهذا قال اغصبا
يا محمد وعند الحاجة يرخص تناول مال
الغير بغير اذنه بشرط الضمان كحالة
المخمصة ولانه شرط له الضمان والعارية
اذا اشترط فيها الضمان تضمن عندنا
في رواية ويحتمل ان يكون المراد بالضمان
المذكور في الحديث ضمان رد العين فيحمل
عليه ولان صفوان كان حربيا في ذلك
الوقت ويجوز مع الشروط ما بين

الحربي والمسلم ما لا يجوز بين المسلمين
ولقوله عليه السلام على اليد ما اخذت
يقتضي رد العين وبه نقول لان رد العين
واجب في الامانات وانما لا يرجع المستعير
بضمان الاستحقاق لان الرجوع به بسبب
الغرور وهو لم يغره احد لان المعير متبرع كالواهب
وليس على المحسنين من سبيل وانما وجب عليه
مؤنة الرد لانه قبضه لنفسه قال **ولا يؤجر**
لان الاجارة لازمة فيلزم المعير زيادة الضرر
لانه لو جازت الاجارة من المستعير لما جاز
للمعير ان يرجع عليه حتى تفرغ مدتها فيتضرر
فلا يلزمه بغير رضاه ولانه يلزم من جوازها
لزوم ما لا يلزم وهو العارية وعدم لزوم
ما يلزم وهو الاجارة فلا يجوز قال **ولا يرهن**
كالوديعة لان الرهن ايفاء وليس له ان يوفي دينه
~~ماله غيره بغير اذنه فصار كالمستاجر من الغاصب~~
فان ضمن ولان فيه ضررا لان الرهن عقد لازم
بعد القبض من جهة الراهن فصار كالاجارة
قال **فان آجره فعطب ضمن** لانه متعد بالتسليم
فصار غاصبا وان شاء ضمن المستاجر لانه قبض
مال الغير بغير اذنه فصار كالمستاجر من
الغاصب فان ضمن المستعير لا يرجع على
المستاجر لانه ملكه بالضمان وتبين انه

اجر

اجر ملك نفسه وان ضمن المستاجر يرجع
على المؤجر وهو المستعير اذا لم يعلم انه
كان عارية في يده دفعا للضرر الغرور
عن نفسه وان علم ان العين عارية
في يده فليس له ان يرجع لانه لم يغره فصار
كالمستاجر من الغاصب عالما بالغصب قال
ويعير ما لا يختلف بالمستعمل اي يعير
المستعير العارية اذا كانت مما لا يختلف
باختلاف المستعمل وقال الشافعي ليس له
ان يعير لان العارية اباحة المنافع عنده
والمباح له ليس له ان يبيح لغيره وعندنا
لما كان تمليك المنافع جاز ان يعير لان المالك
يملك ان يملك كالمستاجر يملك ان يوجر
وكالموصى له بالخدمة يملك ان يعير وهذا
اذا صدرت مطلقة وان كانت مقيدة بشيء
يتقيد به وهي المسالة التي هذه المسالة على
ما يجي مفصلة قال **فلو قيد بها بوقت او منفعة**
او بهما لا يتجاوز عما سماه وان اطلق له ان
ينتفع اي نوع شاء في اي وقت شاء لانه
يتصرف في ملك الغير فلا يملك الا على الوجه
الذي اذن له فيه من تقييد او اطلاق
فنقول لا يخلو اما ان تكون مطلقة او مقيدة
بالزمان او بالانتفاع او بهما فان كانت

مطلقة كمن استعار دابة للركوب او ثوبا
للبس ولم يسم شيا كان له ان يلبس
ويركب بنفسه وله ان يعير ما لم يلبس
هو ولم يركب فاذا لبس غيره او اركبه
غيره له ان يركب بنفسه بعد ذلك
في الصحيح لانه تعين بالفعل فيكون خلافه
تعديا ذكره في الكافي وقال سوا كان
المستعار شيا يتفاوت الناس في الانتفاع
به كاللبس في الثوب او الركوب في الدابة
فجعله كالاجارة فعلى هذا ينبغي ان يحمل
هذا الاطلاق الذي ذكره هنا على ما
يختلف باختلاف المستعمل كاللبس والركوب
والزراعة على ما اذا قال على ان اركب عليها
من اشا والبس الثوب من اشا كما حمل على
الاطلاق الذي ذكرنا في الاجارة على هذا
وان كانت الاعارة مقيدة بالانتفاع
دون الوقت بان اشترط ان ينتفع هو
بنفسه او غيره معينا لا يجوز له ان يخالف
ذلك التقييد فيما يختلف باختلاف المستعمل
كالركوب واخواته وللمعير ان يفعل في اي
وقت شا لان التقييد بالانتفاع فيما لا يختلف
لا يفيد وان كانت مقيدة بالوقت تتقيد
حتى لا يجوز له ان ينتفع بها الا في الوقت المعين

ومن

ومن حيث الانتفاع في باقيه على الاطلاق
فيجوز له مطلقا فيما يختلف بالمستعمل وفيما
لا يختلف على الصفة المتقدمة في المطلق
عن الانتفاع والوقت وان كانت مقيدة
بهما تتقيد بالوقت كيفما كان وكذا
من حيث الانتفاع فيما يختلف باختلاف
المستعمل وفيما لا يختلف لا يتقيد لعدم
الفائدة على ما بينا في المقيد بالانتفاع
ثم في كل موضع قلنا يتقيد بالمسمى له ان
يخالف الى ما هو خير منه او الى مثله كما اذا قال
له احمل على هذه الدابة هذه الحنطة كان
له ان يحمل عليها مثله او دونه في الضرر
واختلفوا في ايداع المستعير قال بعض
المشايخ ليس له ان يودع مطلقا منهم
الكرخي واستدلوا عليه بمسالة ذكرها
في الجامع ان المستعير اذا بعث العارية
الى صاحبها على يد اجنبي فهلكت في يد
الرسول ضمن المستعير العارية وليس
ذلك الا الايداع منه قال الباقلاني
هذا القول اصح لان الايداع تصرف في ملك
الغير وهو العين بغير اذنه قصدا فلا يجوز
بخلاف الاعارة لانه تصرف في المنفعة
قصدا وتسليم العين من ضروراته

فافتى قاد انزيهم على انه يجوز منهم مشايخ
العراق وابو الليث والشيخ الامام ابو بكر
محمد بن الفضل والصدر الكبير برهان
الائمة لان الايداع دون الاعارة
والعين وديعة عند المستعير في العارية
فاذا ملك الاعلى فاولى ان يملك الادنى
قال ظهير الدين المرغيناني وعليه الفتوى
قال وعارية الثمنين والمكيل والموزون
والمعدود قرض لان الاعارة اذن في
الانتفاع به ولا يتاتى الانتفاع بهذه
الاشيا الا باستهلاك عينها ولا يملك
الاستهلاك الا اذا ملكها فاقتضت تمليك
عينها ضرورة وذلك بالهبة او بالقرض
والقرض ادناهما ضررا لكونه يوجب رد
المثل ولان العارية توجب رد العين والقرض
يوجب رد المثل وهو يقوم مقام العين
وهذا صير اليه في ضمان العدوان فانتفعا
هذا اذا لم يبين جهة الانتفاع بها فان
بين جهة ينتفع بها مع بقاء عينها بان يستعير
ليعاير بها ميزانا او مكيالا او ليزين بها
دكانه او غير ذلك من الانتفاعات صار
عارية ~~الوضع~~ امانة ليس له ان ينتفع بها الا كذلك
فكان نظير عارية الحلي والسيف المحلى

ار العارية والقرض

قال

قال وان اعار ارضا للبنا او للغرس
صح لان منفعتها معلومة ويجوز الانتفاع
بها شرعا واجارتها فكذا اعارتها بل
اولى لكونها تبرعا قال وله ان يرجع
لان العارية غير لازمة فكان له ان يرجع
في اي وقت شا قال ويكلفه قلعهما
اي قلع البنا والغرس لانه شاغل
ارضه بملك الغير فيؤمر بالتفريغ الا اذا شا
ان ياخذهما بقيمتهما فيما اذا كانت
الارض تستضر بالقلع فحينئذ يضمن
له قيمتهما مقلوعين ويكونان له لئلا يتلف
عليه ارضه ويستبد هو بذلك لانه صاحب
اصل بخلاف ما اذا لم تستضر الارض بالقلع حيث لا يشترط فيه
اتفاقهما في هذه الحالة بل ايهما طلب القلع
اجيب قال ولا يضمن ان لم يوقت
اي رب الارض لا يضمن للمستعير ما نقص
من البنا والغرس بالقلع ان لم يوقت
للعارية وقتا وقال الامام مالك يلزمه
ضمان قيمتهما ويتركان في ارضه لانه صار
مغرورا من جهته فيلزمه الضمان كما اذا
وقت للعارية وقتا ورجع قبل الوقت قلنا
العارية غير لازمة فيكون له الرجوع
في كل وقت فلم يكن غارا بالاطلاق وانما

لما اذا كانت الارض لا تستضر
بالقلع حيث لا يجوز الترك
الا باتفاقهما بخلاف صح

مواغرا بنفسه بخلاف ما اذا كانت موقتة
فرجع قبل الوقت لانه يصير غارا له بذلك
حيث نص على تركها في يده الى الوقت المذكور
وهذا لان ظاهر حال المسلم ان يفي بالوعد
فيكون مغرورا من جهته فكان له ان يرجع
عليه دفعا للضرر عن نفسه بسببه قال
وان وقت فرجع قبله ضمن ما نقص بالقلع
وقال زفر رحمه الله لا يضمن لان التوقيت
في العارية غير ملزم كاصل عقدها ولهذا
كان له ان يستردها في اي وقت شاء والغرور
انما يثبت في ضمن عقد المعاوضة لا في التبرعات
ولهذا لو هلكت العارية عند المستعير فاستحقها
مستحق وضمنه قيمتها لا يكون له الرجوع بما ضمن
وفي المعاوضات كالبيع والاجارات له ذلك فصار
كما اذا كانت العارية مطلقة ولكن قد فرقنا
بينهما ولان كلام العاقل يحمل على الفائدة
ما امكن وجواز العقد يثبت بدون التوقيت
فلا بد للتوقيت من الفائدة فلا يكون ذلك الا
بالتزامه القيمة له عند الرجوع قبل الوقت
فصار كانه قال ان رجعت قبل الوقت فانا
ضامن لك فيلزمه بحكم التزامه لا بمجرد العقد
ومعنى قوله ضمن ما نقص ان يقوم قائما غير
مقلوع لان القلع غير مستحق عليه قبل الوقت

ولو

ولو استعار ارضا ليزرعها لم تؤخذ منه حتى
يحصد الزرع والزرع له وقت اولا لانه (استحسان)
نهاية معلومة فيترك باجرة المثل لان فيه
مراعاة الحقين كما في الاجارة اذا انقضت المدة والزرع
لم يدرك قال **ومؤنة الرد على المستعير**
والمودع والمؤجر والغاصب والمرتهن لان
المنفعة حصلت لهم والاصل ان مؤنة الرد
تجب على من وقع القبض له اما المستعير فلانه
قبضه لمنفعة نفسه والرد واجب عليه ولهذا
لو كانت العارية موقتة فامسكها بعد مضي
الوقت ولم يردها حتى هلكت ضمن بخلاف
المستاجر فاذا وجب عليه الرد كانت مؤنته عليه
لان الخراج بالضمان والغرم بالغنم واما العين المستأجرة فلان العين صح
المستاجرة مقبوضة لمنفعة المالك لان الاجر
سلم له به ولا يجب على المستاجر ردها
وانما يجب عليه التمكين والتخلية فلا يكون عليه
مؤنة الرد ولا يقال قبضه كان لمنفعة نفسه
فوجب ان تكون المؤنة عليه لانا نقول
ان ما حصل له منفعة وهي عرض يفنى وما حصل
للمؤجر عين تبقى فكان هو بالوجوب اولى واما
الوديعة فلان منفعة القبض حاصلة له لانه
يحفظ العين ومنفعة حفظها عائد اليه فكانت
مؤنة ردها عليه واما العين المغصوبة

فلان الغاصب يجب عليه فسخ فعله وذلك
بردها الى اعادتها الى يد مالكها كما كانت
لانه هو الذى ازال يده متعديا ففي ردها
براءة ذمته فيكون عليه مونة ردها
دفعا للضرر عن المالك واما الرهن
فلان قبضه قبض استيفا فكان قابضا
لنفسه قال وان رد المستعير الدابة
الى اصطبل مالكها او العبد الى دار المالك برئ
بخلاف المغصوب والوديعة وهذا
استحسان والقياس ان لا يبرأ لانه لم
يردهما الى صاحبهما وانما ضيعهما تضييعا
فصار كالمغصوب والوديعة وجه الاستحسان
انه اتى بالتسليم المتعارف وهو المعول
عليه وهذا لان الاصطبل او الدار في يد المالك
ولو ردهما على المالك كان يردهما الى الاصطبل
او الدار فكان الرد اليهما ردا على المالك بخلاف
الوديعة لانها للحفظ ولم يرض بحفظ غيره
اذ لو رضي به لما اودعها عنده وبخلاف الغصب
لانه صار متعديا باثبات يده في العين وبازالة
يد صاحبها فلا بد من ازالة يده واثبات
يد صاحبها فيها وذلك بالتسليم حقيقة وقيل
هذا في عادتهم وفي زماننا لا يبرأ الا بالتسليم
الى يد صاحبها ومن ابن سلمة انه ان كان

المربط

لا يبرأ

المربط خارج الدار لان الظاهر ان الدابة
تكون هناك بلا حائط قال وان رد
المستعير الدابة مع عبده او اجيره مشاهرة
او مع عبد رب الدابة او اجيره برئ بخلاف
الاجنبي والقياس ان لا يبرأ الا بالتسليم
والايصال الى يد صاحبها ووجهه ما بيناه
ووجه الاستحسان ان كل واحد من المعير
والمستعير يحفظ دوابه بسائسه والدفع
اليه كالدفع الى يد صاحبها عادة وهو
لو دفعها الى المالك لدفعها هو الى السائس
ويحفظه بسائسه كحفظه بنفسه كما مر في
الوديعة فيكتفي بالتسليم منه الى السائس
او من السائس الى السائس او من السائس الى
المالك بخلاف الوديعة حيث يضمن بالدفع
الى سائس المالك لعدم العرف بالتسليم
اليه ولانه انما اودعه لكونه لم يرض
بغيره ولو رضي به لما اودعها عنده بخلاف
غلام نفسه حيث يكون له ان يدفع
الوديعة اليه على ما بينا غير مرة لانه
لا بد له منه وهذا في الاشيا التي تكون
في يد الغلمان عادة واما اذا لم يكن في ايديهم
عادة كعقد لولو ونحو ذلك فردها
المستعير الى يد غلام صاحبها او وضعها

في داره او اصطبله يضمن لان العادة
لم تجر به في مثله ولهذا لو دفعه المودع
الى غلامه يضمن ثم قيل هذا اذا رده الى
يد عبده الذي يقوم على الدواب والاصح
انه اليه والى غيره لانه ان لم يكن في يده
دائما يدفع اليه في بعض الاوقات فيكون
رضى المالك موجودا دلالة وقوله بخلاف
الاجنبي يعني بخلاف ما اذا رده مع
الاجنبي فانه يضمن لانه متعد في تسليمه
الاجنبي وهذا يشهد لمن قال من المشايخ
ان المستعير ليس له ان يودع وعلى المختار
ان هذه المسألة محمولة على ما اذا كانت العارية
موقتة فمضت مدتها ثم بعثها مع الاجنبي
لانه بامساكها بعد مضي المدة يصير متعديا
حتى اذا هلكت في يده ضمن فكذا اذا تركها
في يد الاجنبي وهذا لان الرد بعده
ادنى حالا من العارية فاذا كان يملك
الاعارة فيما لا تختلف فاولى ان يملك الايداع
على ما بيناه من قبل ولا يختص شيء دون شيء
لان العمل لا يختلف في الايداع وانما يختلف في حق
الانتفاع قال ويكتب المستعير انك اطعمتني
ارضك اي اذا استعار ارضا بيضاء للزراعة
يكتب المستعير انك اطعمتني ارضك وهذا عند ابي

حنيفة

حنيفة وقالا يكتب انك اعرتني لان الاعارة
هي الموضوعة لهذا العقد والكتابة باللفظ
الموضوع له اولى كما في اعارة الثوب
والدار فانه يكتب به اعرتني ولا يكتب
اطعمتني ولا اسكنتني وله ان لفظ الاطعام
ادل على المقصود لانه يخص الزراعة لان
الاطعام اذا اضيف الى ما لا يوكل يراد
منه ان المراد به الاستغلال بالتمكين من
الزراعة بخلاف لفظ الاعارة فانها ينتظم
الزراعة والبناء والمراح ونصب الخيم
بخلاف الدار والثوب لان منفعتهما غير
متنوعة فيحصل المقصود بذكر العارية
فلا حاجة الى بيان المنفعة وعلى هذا ينبغي
ان يكتب في كل فصل ما هو ادل على المقصود
حتى يكتب في استعارة الارض انك اطعمتني
ارض كذا لازرعها ما اشاء من غلة الشتاء و
الصيف لانه ادل على المقصود وابعد من
الاختلاف والله اعلم كتاب
الهبة هي تمليك العين بلا عوض هذا في الاصطلاح
وفي اللغة هي التبرع والتفضل بما ينفع الموهوب
له مطلقا قال الله تعالى فهب لي من لدنك وليا
وقال الله تعالى يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء
الذكور الاية وهي من صفات الكمال لان الله تعالى

وصف بها نفسه بقوله عز وجل انك انت
العزيز الوهاب وابشر اذا باشرها
فقد اكتسب من اشرف الصفات لما
فيها من استعمال الكرم وازالة شح النفس
وادخال السرور في قلب الموهوب له وايراث
المودة والمحبة بينهما وازالة الضغينة
والحسد ولهذا من باشرها كان من المفلحين
قال تعالى ومن يوق شح نفسه فاولئك هم
المفلحون وهي مشروعة مندوب اليها
بالاجماع وشرطها ان يكون الواهب عاقلا
بالغا حرا والموهوب له مميزا والموهوب
مقبوضا وركنها الايجاب والقبول
وحكمها ثبوت الملك للموهوب له من غير ان يكون
لازما قال وتصح بايجاب كقوله وهبت ونحلت
واطعمتك هذا الطعام وجعلته لك واعمرتك
هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة ناويا
الهبة وكسوتك هذا الثوب وداري
لك هبة تسكنها لا هبة سكنى او سكنى
هبة وقبول وقبض في المجلس بلا اذنه
وبعده به وفي محوز مقسوم ومشاع لا يقسم
لا فيما يقسم اي تصح الهبة بايجاب كقوله
وهبت الى آخره وبقبول وقبض في المجلس
وفيما بعد المجلس يملكه بالاذن صريحا لا غير

كل

٥٦٤

كل ذلك في محوز ومشاع فيما لا يقسم اما الايجاب
والقبول فلانه عقد ينعقد بهما كسائر
العقود واما القبض فلا بد منه لثبوت الملك
وقال مالك يثبت الملك فيه قبل القبض كالبيع
وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه
السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد
نفي الملك وقال ابو بكر الصديق لعائشة
رضي الله عنهما في مرضه كنت نحلتك جداد
عشرين وسقا من مالي بالعالية وانك لم
تكوني قبضتيه ولا حزتيه وانما هو مال الورثة
ولو كانت تملك قبل القبض لكان لها ذلك ولان
فيه الزام المتبرع ما تبرع به فلا يجوز بخلاف
الوصية لان المتبرع قد مات والورثة
ليسوا بمتبرعين ولو قال وهبتك هذا
الشيء فقبضه الموهوب له من غير قبول
صح وملكه لوجود القبض وقوله وقبض
في المجلس بلا اذنه اي بلا اذن الواهب
وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز الا
باذنه لانه تصرف في ملك الغير فلا يجوز
الا باذنه وجه الاستحسان ان القبض
كالقبول في الهبة ولهذا لا يملك بها قبله
ويغني عن القبول كما بينا والمقصود من الايجاب
اثبات الملك فيكون تسليطا له على القبض

ودلالة اذ مسكه لا يتصور الا به فيتقيد ذلك
بالمجلس كالقبول لانه بمنزلته على ما بينا
بخلاف ما اذا نهاه عن القبض في المجلس
لان الصريح يفوق الدلالة فلا تبطل بمقابلة
شيئا ولهذا صح الاذن بعد المجلس لكونه
صريحا وانما انعقدت بقوله وهبت لانه
صريح في الهبة وبقوله نحلت لانه
مستعمل فيه قال عليه السلام اكل اولادك
نحلت مثل هذا وكذا قال ابو بكر لعايشة
كنت نحلتك على ما بينا وبقوله اطعمتك هذا
الطعام لان الاطعام اذا اضيف الى ما
يوكل عينه يراد به التمليك بغير عوض
وهو الهبة بخلاف ما اذا قال اطعمتك
هذه الارض لان عينها لا توكل فيكون
المراد به ما يستغل منها فاشكل ذلك
بالعارية وبقوله جعلته لك لان اللام
للتمليك فصار كانه قال ملكتك هذا
الثوب الا يرى ان ذلك لو كان بعوض
كان تمليكا فكذا بغير عوض وبقوله اعمرتك
لقوله عليه السلام من اعمر عمرى فهي للمعمر
له ~~[illegible]~~ ولان معنى العمرى هو
التمليك للحال واشتراط الاسترداد بعد
موت المعمر له فصح التمليك وبطل الشرط

لان

لان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وبقوله
حملتك على هذه الدابة ناويا به الهبة
لان الاركاب تصرف في المنفعة فتكون
عارية الا اذا اراد به الهبة فتصح لانه
مستعمل فيه يقال حمل فلان فلانا
على الدابة يعنون به التمليك فتصح نيته
لا سيما اذا كان تشديدا عليه وبقوله
كسوتك هذا الثوب لان الكسوة يراد
به التمليك قال الله تعالى او كسوتهم
المراد به التمليك لان الكفارة لا تتادى
بالمنافع وكذا يقال كسى فلان فلانا
ثوبا اذا ملكه لا اذا اعاره وبقوله ~~كسوتك~~
~~هذا الثوب لان الاطعام اذا اضيف~~
~~الى ما يوكل عينه~~ داري لك هبة تسكنها
لان اللام فيه للتمليك ظاهرا وقوله تسكنها
مشورة وتنبيه على المقصود فصار نظير
قوله هذا الطعام لك تاكله او هذا الثوب
لك تلبسه بخلاف ما اذا قال داري لك سكنى
او سكنى هبة حيث يكون عارية على ما بينا
في العارية وهو المراد بقوله لا هبة سكنى
اي لا يكون تمليكا بقوله داري لك هبة سكنى
وقوله في محوز مقسوم ومشاع لا يقسم
لانها لا تنقسم اي تجوز الهبة في محوز مقسوم

وفي مشاع لا يقسم ولا يجوز في مشاع يقسم
واحترز بقوله محوز عن المتصل كالثمرة على
الشجرة وبقوله مقسوم عن المشاع وقال
الشافعي يجوز هبة المشاع فيما ينقسم
وفيما لا ينقسم لانها عقد تمليك والمحل
قابل له فاشبهت (اي الهبة) البيع وكونه تبرعا
لا ينافي الملك في الشيوع كالقرض والوصية
وتسليمه ممكن بالتخلية او بتسليم
الكل اليه كالمشاع الذي لا يحتمل القسمة
ولنا ان الخلفاء الراشدين وغيرهم من
الصحابة شرطوا القسمة لصحة الهبة
ولان القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط
وجوده على اكمل الوجوه كما في استقبال
القبلة لما كان منصوصا عليه يشترط
وجوده على الكمال حتى لو استقبل الحطيم
لا تجوز صلاته مع انه من البيت بالسنة
ولان القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط
وجوده على اكمل الوجوه كما في استقبال القبلة
لما كان منصوصا عليه يشترط وجوده على
الكمال حتى لو استقبل الحطيم لا تجوز صلاته
مع انه من البيت بالسنة ولان القبض ثبت
مطلقا والمطلق يتناول الكامل والكامل هو الموجود
من كل وجه والقبض في المشاع ليس في حيزه من

كل
موجود من وجه دون وجه
لان القبض عبارة عن
كون الشيء في حيز القابض
والمشاع ح

القبض ٤

لانه في حيزه من وجه ح

كل وجه وفي حيز شريكه من وجه وتمامها (اي الحيازة)
لا يحصل الا بالقسمة لان الانصباء بها تتميز وتجمع
وما لا يجتمع لا يصير محرزا او يكون احرازا
ناقصا فلا ينهض لافادة الملك ولان اشتراط
اصل القبض في الهبة كان للتحرز عن
وجوب الضمان على المتبرع لاحتمال هلاكه
قبل القبض او لئلا يلزمه المطالبة بالتسليم
وهذا المعنى هنا لانه لو صح لوجب عليه
اجرة القسمة ويطالبه بالقسمة فيكون عقد
التبرع موجبا لضمان القسمة على المتبرع
ولمطالبته بالقسمة وهو خلاف موضوع التبرع
فالله تعالى ما على المحسنين من سبيل بخلاف
ما لا يقسم لانه لا تجب اجرة القسمة فيه ولا يتصور
فيه الا بالقبض الناقص فاكتفي به ولانا لو
اعتبرنا كمال القبض فيه لانسد باب الهبة
فيه وفيما تقسم لا ينسد ولا يقال يستوجب
المهايأة فيما لا يقسم وهو ايجاب على المتبرع
فوجب ان يمنع لانا نقول المهايأة تتمة المنافع
والتبرع وقع في العين فيكون ايجابا في غير
ما تبرع به فلا يبالي وانما المحظور الايجاب
في عين ما تبرع به والقبض في الوصية ليس
بشرط لصحتها وكذا في البيع الصحيح وفي البيع
الفاسد والسلم والصرف غير منصوص



عليه وقوله عليه السلام يريد ابه يد المراد به
التقييد عند ان التقييد في الثمن يكون
بالتقبض ولان القبض فيه شرط البقا لا شرط
الصحة والبقا اسهل من الابتدا او لان هذه
عقود معاوضة فلا يبالي بوجوب عما ان
القسمة او المطالبة والقرض تبرع ابتدا لا يملكه
الا من يملك التبرع معاوضة انتها لانه يوجب
رد المثل فلكونه تبرعا من وجه شرطنا
القبض فيه ولكونه معاوضة من وجه لم يشترط
القسمة عملا بالدليلين او الشبهين ولان
القبض فيه غير منصوص عليه فلا يراعى فيه الكمال
ولو وهب جزا شايعا من شريكه لم يجز ايضا لان
القبض الكامل لا يتصور فيه وهو علة لثبوت
الملك فيه والحكم وجد وعلته لم يوجد ولان العلة
يراعى وجودها لا غير فيدار الحكم وهو الفساد
على نفس الشيوع قال فان قسمه وسلمه
صح اي لو وهب مشاعا ثم قسمه وسلمه جاز
لان تمام الهبة بالقبض وعنده لا شيوع فيه
ولو سلمه شايعا لا يملكه حتى لا ينفذ تصرفه
فيه ويكون مضمونا عليه وينفذ فيه تصرف
الواهب ذكره الطحاوي وقاضي خان وروى
عن ابراهيم بن رستم مثله وذكر عصام انها
تفيد الملك وبه اخذ بعض المشايخ قال وان

وهب

٥٦٧

وهب دقيقا في بر لا وان طحن وسلم اي لو
وهب الدقيق في الحنطة لا يجوز الهبة ولو
طحنه وسلم الدقيق لا يعود صحيحة وكذا — قال رحمه الله صح
الدهن في السمسم والسمن في اللبن لان
الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب
ملكه والمعدوم ليس بمحل الملك فلا يمكن
تمليكه بالعقد فوقع باطلا فلا يملك الا
بعقد جديد وهذا لان الحنطة استحالت
وصارت دقيقا وكذا غيرها وبعد
الاستحالة هو عين اخر على ما عرف
في الغصب بخلاف المشاع لانه محل للملك
الا انه لا يمكن تسليمه فاذا زال المانع جاز
وانما جازت الوصية بالمعدوم وهي جايزة واللبن — بها لان الوصية صح
في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع
والنخل في الارض والتمر في النخيل بمنزلة المشاع
لانها موجودة وامتناع الجواز للاتصال
وذلك يعود الى امتناع القبض كالشايع فاذا فصلها
وسلم جاز لزوال المانع كما في هبة الدين
بخلاف ما لو وهب الحمل وسلمه بعد الولادة
حيث لا يجوز لان في وجوده احتمالا فصار
كالمعدوم والدار التي فيها المتاع والجوالق
الذي فيه الدقيق كالمشاع لان الموهوب مشغول
بمتاع الواهب حتى لو نزع وسلم جاز ويعتبر

الاذن بالقبض بعد الفراغ ولا يعتد
بالاذن قبله كما لا يعتد بالتسليم قبله
ولو وهب المتاع الذى فى الدار وسلمها معه
او الدقيق ~~كالمستاجر~~ لان الموهوب غير مشغول
وانما هو شاغل لملك الواهب وذلك لا يوجب
يد الواهب على الموهوب عاينة فانه ان
يد الواهب ثابتة فى الظرف وهو آلة للحفظ
فيكون تبعا فثبوت اليد فى التبع لا يوجب
قيامه فى الاصل ونظيره ما لو وهب الجارية
وعليها حليها دونه صح وبالعكس لا يصح الا اذا
نزعه وسلمه لانه مشغول لان الجارية هى
المستعملة له فكان تبعا كالجوالق قال وملك
بلا قبض جديد لو فى يد الموهوب له يعنى لو
كانت العين الموهوبة فى يد الموهوب له
ملكها الموهوب له بمجرد العقد وان لم
يجدد فيها قبضا لان القبض ثابت فيها وهو
الشرط سواء كانت فى يده امانة او مضمونة
لان قبض الامانة ينوب عن مثله لا عن
المضمون والمضمون ينوب عنهما والاصل
انه متى تجانس القبضان ناب احدهما عن
الاخر لاتحادهما جنسا واحدا واذا اختلفا
ناب الاقوى عن الاضعف دون العكس
لان فى الاقوى مثل الادنى وزيادة وليس

فى

فى الجوالق وسلم الدقيق مع الجوالق جاز صح

٥٦٨

فى الادنى ما فى الاقوى فلا ينوب عنه وهذا
اذا كان الموهوب فى يده مضمونا كالمغصوب
والمرهون ~~والمقبوض~~ والمقبوض على سوم
الشراء لا اشكال فيه لان المقبوض فى
يده حقيقة وحكما فيغنى عن القبض
بمجرد قبول الهبة وكذا اذا كان فى يده
عارية او اجارة لانه قبضها لنفسه ويده
ثابتة فيه واما اذا كانت فى يده بطريق الوديعة
فمشكل لان يده يد المالك لانه نائب عنه
فى الحفظ وقبضه لاجل المالك فكيف ينوب
هذا القبض عن قبض الهبة بل ينبغى ان يكون
هذا كالوهبة وهو فى يد الواهب لكن
المودع يده حقيقة فباعتبارها نزل قابضا
لا ان اثبات يده مقام يد المالك حكما ما دام
عاملا له وبعد الهبة ليس بعامل له
فيعتبر الحقيقة قال وهبة الاب لطفله
تتم بالعقد لانه فى قبض الاب فينوب
عن قبض الصغير لانه وليه فيشترط
قبضه ولا فرق فى ذلك بين ما اذا كان
فى يده او فى يد مودعه لان يد المودع كيد
المالك بخلاف ما اذا كان فى يد الغاصب
او فى يد المرتهن او فى يد المستاجر حيث
لا يجوز الهبة لعدم قبضه لان كل واحد

فهو قابض لنفسه وعامل لنفسه ولو وهب
من ابنه الصغير دارا والاب ساكنها ومتاعه
فيها جازت الهبة وملكها الابن بمجرد قوله
وهبتها له لانها في يده وسكناه ومتاعه
فيها لاينافي يده بل يقررها فتكون هي في قبضه
وهو الشرط ولو كان يسكنها غيره باجر
لايجوز لما ذكرنا وان كان بغير اجر جازت
الهبة وملكها الابن بمجرد العقد ذكره محمد
في المنتقى وكذا لو وهبته امه وهو في يدها
والاب ميت وليس له وصي وكذا كل من يعوله
لان التصرف نفع محض ولمن في يده ضرب
ولاية حتى كان له تاديبه وتسليمه في صناعة
فيملك التصرف النافع فينفرد بتمليكه ويملكه
الصغير بمجرد الهبة اذا كان في يد الواهب
كما في الاب والصدقة في هذا كله كالهبة قال
وان وهب له اجنبي يتم بقبض وليه لان للولي
ولاية التصرف في ماله وقبض الهبة من التصرف
في المال ولايشترط ان يكون الصبي في حجره لثبوت
ولايته عليه مطلقا لان المراد بالولي هو الاب
ووصيه والجد ووصيه بخلاف غيرهم من الاقارب
والاجانب حيث لايكون لهم ولاية القبض الا
اذا كان في حجره وليس له اب على مانبين قال
وامه واجنبي لو في حجرهما اي يتم بقبض امه

ويقبض

ويقبض اجنبي اذا كان في حجرهما لما ذكرنا ان لمن
هو في يده ولاية التصرف النافع له وتحصيل
المال من اوفر المنافع فكان لهم ذلك لثبوت
ايديهم عليه حتى لايكون لغيرهم ان ينتزعه
من ايديهم فكانوا احق بحفظه وتحصيل المال
له من ضرورات حفظه لانه لايبقى عادة
الا بقوت وملبوس فقاموا في هذا مقام
الولي عند عدم الولي لكونه نفعا محضا
قال **وبقبضه ان عقل** اي يتم بقبض الصبي
بنفسه ان كان مميزا يعقل التحصيل لانه
في التصرف النافع الذي لايحتمل غيره ملحق
بالبالغ استحسانا والقياس ان لايجوز
لانه لايعتبر بعقله قبل البلوغ ولهذا يجوز
قبض غيره له في حق الاجنبي اذا كان في عياله
ولو اعتبر عقله وجعل له ولاية التصرف
لما نفذ عليه تصرف غيره ولا كان له حاجة اليه
وجه الاستحسان انه انما لايعتبر عقله لدفع
الضرر عنه لان الظاهر انه لايتم به نظره في
عواقب اموره لعدم اعتدال عقله فاذا كان التصرف
نافعا محضا تعين النظر في نفوذه فينفذ نظرا له
لان الرد في المضار لاجله والتوقف في المتردد
بين النفع والضرر لاجله حتى يجيزه الولي ان راى
فيه مصلحة فكذا وجب ان ينفذ تصرفه

المانع نظرا له وجاز تصرف الولي والاجنبي
عليه في هذه الحالة نظرا له ايضا حتى ينفتح
له سبيل تحصيل النفع بطريق بيقين وليس من الحكمة
ان يثبت عليه الولاية لغيره نظرا له ثم
يرد منه سبيل هذا النفع المحض والامر
النفقة مع انه من اهله بالتمييز والاختيار
قال ويجوز قبض زوج الصغيرة ما وهب
لها بعد الزفاف لان الاب اقامه مقام
نفسه في حفظها وقبض الهبة منه ولو قبضه
الاب ايضا صح لان الولاية له وانما يملكه
الزوج من جهته بتمليكه ولهذا يملكه والاب
حاضر بخلاف الام والاجنبي حيث لا يملكانه
الا بعد موته او غيبته غيبة منقطعة في
الصحيح لان تصرفهم كان للضرورة
لا بتفويض الاب فلا ضرورة مع حضوره
وتملكه هي ايضا ان كانت مميزة لما بينا
واشترط الزفاف لثبوت ولاية الزوج
لانه انما يملكه باعتبار انه يعولها وذلك
بعد الزفاف ولا يشترط ان يكون ممن يجامع
مثلها في الصحيح قال وهب اثنان دارا
لواحد صح لانهما سلماها جملة وهو قبضها
منهما كذلك فلا شيوع قال لا عكسه
اي لا يجوز عكسه وهو ان يهب واحد من اثنين

وهذا

٥٧١

وهذا عند ابي حنيفة وقالا يجوز ذلك لان
هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد
فلا يتحقق فيه الشيوع فصار كما اذا رهن
من رجلين بل اولى لان تاثير الشيوع في
الرهن اقوى منه في الهبة حتى امتنع
رهن المشاع فيما لا ينقسم ايضا بخلاف
الهبة ولان الشيوع لم يوجد الا من احد
الطرفين فلا يفسد اذ ليس فيه الزام
المتبرع مؤنة القسمة فصارت كالمسالة
الاولى وله انه هبة النصف من كل واحد
منهما ولهذا لو كانت فيما لا ينقسم فقبل
احدهما جاز ولولا انه تمليك لكل واحد
منهما على حدة لما جاز فيصير قبض كل واحد
منهما الى نصيبه فقط وهو شايع فيكون القبض
ناقصا على ما ذكرنا في هبة نصيبه لشريكه
او معدوما اذ قبض الشايع لا يتصور
فلا يجوز ولا معتبر بجانب التسليم لان
القبض الناقص هو المانع على ما بينا دون
التسليم بخلاف الرهن لان حكمه الحبس
الدايم وقد ثبت لكل واحد منهما كملا
فلا شيوع فيه الا ترى انه لو قضى دين
احدهما بقي كله في يد الاخر ولا كذلك
الهبة لانه لم يحصل له الملك الا في النصف

فكان شايعا ضرورة وقولهما ليس فيه الزام
المتبرع مؤنة القسمة قلنا نقصان القبض
ايضا مانع فلا تكون العلة منحصرة فيه
فلا يدل عدمها على عدم الحكم على ما عرف
في موضعه الا ترى ان رجلين لو وهبا لرجلين
على ان نصيب احدهما لاحدهما بعينه ونصيب
الآخر للآخر لا يجوز بالاجماع وليس على
الواهبين مؤنة القسمة ولا يلزمه جواز
اجارة الدار من رجلين لان المانع فيها عدم
التمكن من الانتفاع بالرد الى صاحبها في مدة
الاجارة بحكم المهاياة ولم يوجد هذا
المعنى فيما اذا آجرها من رجلين الا ترى
انه يجوز ان يوجرها من شريكه لعدم هذا
المعنى ولا تجوز الهبة من شريكه لما ذكرنا
قال وصح تصدق عشرة وهبتها لفقيرين
لا لغنيين اي لو تصدق بعشرة دراهم على
فقيرين او وهبها لهما جاز ولا يجوز التصدق
بها على غنيين ولا هبتها لهما وهذه رواية
جامع الصغير جعل كل واحد منهما مجازا عن
الآخر حيث جعل الهبة للفقيرين صدقة
والصدقة على الغنيين هبة والاتصال بينهما
ان كل واحد منهما تمليك بلا عوض فيجاز في
الاستعارة وفرق بين الهبة والصدقة

في الحكم

في الحكم حتى اجاز الصدقة على اثنين ولم يجز
الهبة لهما والفرق ان الصدقة يبتغى بها وجه
الله تعالى وهو واحد والفقير نائب عنه ولا
كذلك الهبة فيكون تمليكا من اثنين فلا يجوز ولهذا
لو اوصى بثلث ماله للفقراء صح وان كانوا مجهولين
لانها وقعت لله تعالى وهو معلوم ولو اوصى
به للاغنياء غير معينين لا يجوز وفي الاصل
سوى بينهما فقال عقيب ذكره الهبة وكذلك
الصدقة لان كل واحد منهما يتوقف على القبض
والشيوع يمنع القبض فوجب ان يمنع في البابين
اذ لا فرق بينهما فكان في المسالة روايتان
وقال الحاكم يحتمل ان يكون مراده من قوله وكذلك
الصدقة على الغنيين فيكون مجازا عن الهبة
على ما بينا فعلى هذا ليس في المسالة هنا اختلاف
الروايتين وقال في النهاية والظاهر ان في المسالة
روايتين وهذا كله على قول ابي حنيفة واما عندهما
فالهبة من شخصين جائزة على ما بينا فالصدقة
اولى لخلافيات الفرق بينهما وقد ذكرنا الوجه
من الجانبين فلا نعيده ولو وهب رجل لرجلين
دارا لاحدهما ثلثاها وللآخر الثلث لم يجز عند
ابي حنيفة وابي يوسف وان قبضه وقال محمد
يجوز اذا قبضه فابو حنيفة ومحمد مر كل واحد
منهما على اصله لانه هبة من رجلين

فلا فرق بين ان ينص على نصيب كل واحد منهما
او لم ينص وابو يوسف فرق بينهما فقال
النص على البعض الشائع يدل على ان قصده
ثبوت الملك في البعض الشائع فلا يجوز الا
ترى انه لو رهن عبدا عند اثنين ونص لكل
واحد منهما على البعض لا يجوز الرهن فكذا
الهبة ولو قال لاحدهما نصفه وللاخر
نصفه فكذلك عندهما (اي ابي حنيفة ومحمد) لما بينا وعن ابي
يوسف روايتان رواية لا يجوز لما ذكرنا
وفي رواية يجوز لانه نص على ما يقتضيه مطلق
العقد لان مطلقه يقتضي التنصيف فامكن جعله
بان يجعل مجازا عن الموجب فيجعل مجازا عن موجب
العقد فلا يفسد بخلاف ما نص على التفاوت
لان مطلق العقد لا يقتضيه فلا يمكن جعله
مجازا عن موجبه فيقتضي شيوعا في العقد
ضرورة وقيل انما جوز ابو يوسف فيما اذا اجمل
الهبة لهما اولا ثم فصل على التنصيف بان قال
وهبت لكما هذه الدار نصفها لهذا ونصفها
لهذا لان التفصيل لم يخالف موجب الاجمال فيكون لغوا
واما اذا فصل ابتداء من غير اجمال بان قال وهبت
نصف هذه الدار لهذا والنصف الاخر لهذا لا يجوز
لانه هبة المشاع وفيما اذا جعل نصيبهما متفاوتا
لا يجوز مطلقا لان تفصيله يكون معتبرا ان تقدم

الاجمال

الاجمال فيعتبر فيكون مبطلا للهبة وان لم
يتقدمه اجمال يكون هبة المشاع ابتداء
فيبطل وهذا التفصيل هو الارجح والاظهر
عن ابي يوسف رحمه الله

باب الرجوع في الهبة

قال رحمه الله تعالى **صح الرجوع فيها** يعني اذا وهب لشخص
وسلمها وليس فيه ما يمنع الرجوع من
زيادة وموت احدهما وعوض وخروج
من الملك وزوجية وقرابة محرمية للنكاح وهلاك
الموهوب جاز الرجوع في الهبة قال الشافعي لا يجوز
الرجوع فيها الا في الولد لقوله عليه السلام لا يرجع
الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده
ولانه عقد تمليك فوجب ان يلزم كالبيع ولان
الرجوع يضاد مقتضى العقد والعقد لا يقتضي
ضده وانما ثبت جواز الرجوع في الولد لان اخراجه
عن ملكه لم يتم لان الولد كسبه او بعضه
ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته
ما لم يثب منها اي ما لم يعوض والمراد
به بعد التسليم لانه لا تكون هبة حقيقة
قبله وانما سماها هبة باعتبار ما كان كما يقال
اكلنا خبز فلان وان كان الآكل قد اشتراه
ولان المقصود من الهبة العوض ولهذا يقال
الايادي قروض وتأيد ذلك ايضا بالشرع

قال عليه السلام تهادوا تحابوا والتفاعل
يقتضى الفعل من الجانبين فكان له الرجوع
اذا لم يحصل مقصوده كالمشترى اذا وجد
بالمبيع عيبا يرجع بالثمن لفوات مقصوده
وهو صفة السلامة فى المبيع والمراد بما روى
عدم الانفراد بالرجوع الا الوالد فانه
ينفرد به فيكون له اخذه من غير رضى
ولا قضا عند الحاجة اليه كما فى سائر امواله
على ما قال عليه السلام انت ومالك لابيك ان
اطيب ما اكلتم من كسبكم وان اولادكم من كسبكم
فكلوه هنيا رواه احمد وابو داود وعلى انا
لا نسلم ان الحديث الذى رواه ينافى الرجوع
لانه خبر عن قبحه فمعناه انه لا يليق
له ان يرجع فيه الا الوالد فيما يهب
لولده ونظيره قوله عليه السلام
المومن لا يكذب وقوله الزانى لا يزنى
وهو مومن اى لا يليق له ان يكذب
او يزنى وهو مومن لانه ينافى صفة
الايمان ان فعله بل هو قبيح ومع الايمان
اقبح فكذا هذا قبيح كما قال عليه السلام العائد
فى هبته كالكلب يقئ ثم يعود
وفعل الكلب لا يوصف بالحرمة وانما
يوصف بالقبح قال ومنع الرجوع دمع خزقه

بالقبح

اى

٥٧٠

اى الموانع للرجوع فى الهبة اشيا يجمعها هذه
الحروف على ما نبينها اخذها من بيت
شعر قيل فيه وهو قوله
ومانع عن الرجوع فى الهبة ٭ يا صاحبى حروف دمع خزقه
قال فالدال الزيادة المتصلة
كالغرس والبنا والسمن لان الرجوع لا يصح
الا فى الموهوب والزيادة ليست بموهوبة
فلا رجوع فيها والفصل متعذر ليرجع فى
الاصل دون الزيادة فامتنع اصلا
وبطل حق الواهب لان له حق التملك
فى الاصل دون الزيادة وللموهوب
له حقيقة الملك فيهما فكان مراعاته
اولى عند تعذر الفصل ولا يمكن ايجاب
الضمان عليه ايضا لان حق التملك لا يجوز
اخذ العوض عنه فبطل اصلا اطلق البنا
والغرس ومراده اذا كان يوجب زيادة
فى الارض وان كان لا يوجب لا يمتنع الرجوع
وان كان يوجب فى قطعة منها بان
كانت الارض كبيرة بحيث لا يعد مثله
زيادة كلها امتنع فى تلك القطعة دون
غيرها وقوله المتصلة احتراز عن المنفصلة
كالولد والارش والعقر فانه يرجع
فى الاصل دون الزيادة لامكان الفصل

الرباء

بخلاف الرد بالعيب حيث يمتنع بزيادة
الولد لانه عقد معاً وصفة فلو رد
الاصل دون الزيادة يودى الى لسلامة
الولد له مجانا ورده الولد معها لا يمكن
يستغنى ولدها فلو حبلت ولم تلد فللواهب
الرجوع فيها لانه نقصان والمراد بالزيادة
المتصلة هو الزيادة بشى يوجب زيادة
في القيمة كما في المذكور في المختصر كالجمال
والخياطة والصبغ ونحو ذلك وان زاد
من حيث السعر فله الرجوع لانه لا زيادة
في العين فلا يتضمن الرجوع ابطال حق
الموهوب له وهو المانع وكذا اذا زاد
في نفسه من غير ان يزيد في القيمة كما اذا طال
الغلام الموهوب لانه نقصان في الحقيقة فلا يمنع
الرجوع ولو نقله من مكان الى مكان حتى ازدادت
قيمته واحتاج فيه الى مؤنة النقل ذكر
في المنتقى انه عند ابى حنيفة ومحمد ينقطع الرجوع
وعند ابى يوسف لا ينقطع لان الزيادة لم تحصل في
العين فصار كزيادة السعر ولهما ان الرجوع
يتضمن ابطال حق الموهوب له في الكرا ومؤنة النقل
فبطل بخلاف نقصة العبد لانه بيدل وهو المنفعة
والمؤنة بلا بدل ولو وهب عبدا كافرا فاسلم
في يد الموهوب له اذ حلال الدم فعفى ولى الجناية

في نفس الموهوب صح

لان النقصان يرد على ...

في حد الموهوب له لا يرجع ولو كانت الجناية
خطأ ففدى الموهوب له لا يمنع الرجوع ولا
يسترد منه الفدا او لو علم الموهوب
له العبد الموهوب القرآن والكتابة
او الصنعة لم يمتنع الرجوع لان هذه
ليست بزيادة في العين فاشبهت الزيادة
في السعر وفيه خلاف زفر ويروى الخلاف
بالعكس ولو وهب وصيفا صغيرا فشب عند
الموهوب له وشاخ حتى صارت قيمته اقل من قيمته
وقت الهبة ليس له ان يرجع فيه لانه حين
شب وزادت قيمته سقط الرجوع فلا يعود بعد ذلك
بالنقصان ولو اختلفا في الزيادة كان القول للواهب
لانه منكر لزوم العقد قال والميم موت احد
المتعاقدين لانه بموت الموهوب له ينتقل
الملك الى ورثته وهم لم يستفيدوه
من جهة الواهب فلا يرجع عليهم كما اذا
انتقل اليهم في حال حياته ولان تبدل الملك
كتبدل العين فصار كعين اخرى فلا يكون
له فيها سبيل وبموت الواهب يبطل خياره
لانه وصف له وهو لا يورث كخيار الرؤية
والشرط على ما بيناه في البيوع او هو مجرد حق وهو
ايضا لا يورث بخلاف خيار العيب وخيار التعيين
على ما عرف في موضعه ولان الشارع اوجبه للواهب

والوارث ليس بواهب قال **والعين العوض بان يقال هذه عوض هبتك او بدلها او بمقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع في الهبة** لما روينا ولان ثبوت الرجوع في الهبة لخلل في مقصوده وقد زال الخلل فصار كما اذا وجد المشتري عيبا في المبيع ثم زال العيب ولا بد من ذكر الموهوب له ان المدفوع عوض الهبة بان يقول خذ هذا بدلا عنها او عوضا عنها او جزاءها او ثوابها او نحو ذلك مما ينبئ انه عوض عنها لان حق الرجوع ثابت له فلا يسقط الا بعوض يرضى به هو ولا يتم ذلك بدون رضاه ويشترط في العوض شرايط الهبة من القبض والافراز لانه ليس بعوض حقيقة وانما هو تمليك مبتدأ ولهذا يجوز باقل من الموهوب من جنسه في المقدرات وشرط العوض ان لا يكون ببعض الموهوب حتى لو عوضه ببعض الموهوب عن البعض الباقي لم يجز لان حقه كان ثابتا في الكل فاذا وصل اليه بعضه لا يسقط حقه في الباقي وفيه خلاف زفر وهو يقول ان الموهوب له ملك بالقبض فالتحق بساير املاكه وجوابه ما قلناه ولو وهب للواهب شيا ولم يذكر انه عوض عنها كان هبة مبتدأة فلكل واحد منهما ان يرجع في هبته قال **وصح من اجنبي**

[illegible]

اي يجوز العوض من الاجنبي لان الموهوب له لا يحصل له بهذا العوض شي لم يكن سالما له من قبل فيصح من الاجنبي كما يصح منه كالخلع والصلح عن دم العمد بخلاف ما اذا كان فيه دخول ملك حيث لا يجوز من الاجنبي على ما بينا في الصلح ثم الاجنبي هنا لا يرجع على الموهوب له وان كان بامره لانه لم يؤد عنه شيا واجبا عليه لان العوض ليس بواجب على الموهوب له بخلاف قضاء الدين حيث يرجع الاجنبي على المديون اذا قضى بامره لان الدين ثابت في ذمته وقد امره ان يسقط مطالبته عنه فيكون امرا بان يملكه ما كان للطالب وهو الدين فصار كما لو امره ان يملكه عينا قال **ان استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض** لانه لم يرجع اليه الا ليسلم له الموهوب كله فاذا فات بعضه رجع عليه بقدره كغيره من المعاوضات قال **وبعكسه لا حتى يرد ما بقي** اي اذا استحق بعكسه وهو ما اذا استحق نصف العوض لا يرجع بشي حتى يرد ما بقي من العوض وقال زفر يرجع بنصف الهبة لان كل واحد منهما عوض عن الاخر فكما يرجع الموهوب له بنصف العوض عند استحقاق نصف الهبة فكذا يرجع الواهب ايضا بنصف الهبة عند استحقاق نصف

[illegible]

العوض لانه حكم المقارضة اذ هو يقتضي المساواة
ولنا ان العوض ليس ببدل عنه حقيقة بدليل
انه يجوز ان يعوضه اقل من جنسه في المقدرات في الربويات
ولو كان معاوضة لما جاز للربا يحققه
ان الموهوب له مالك الهبة والانسان لا يعطي
بدل ملكه لغيره وانما اعطاه ليسقط حقه
في الرجوع وما بقي يصلح لاسقاط الرجوع
ولهذا لو عوضه هذا القدر من الابتداء
سقط به حقه في الرجوع الا انه لم يرض
بسقوط حقه الا بسلامة كل العوض له فاذا لم
يسلم له كله كان له الخيار ان شاء رضي
بما بقي من العوض وان شاء رد الباقي عليه ورجع
في الهبة كانه اعطاه هذا القدر في هذه الحالة
ولان للعوض شبهين شبه ابتداء الهبة
من حيث ان الموهوب له متبرع فيه باختياره
وشبه المبادلة من حيث انه مقابلة بمقابلة
الهبة فوفرنا عليه حظه منهما فجعلناه كالمعاوضة
عند استحقاق كله حتى يرجع بالهبة او بعضه
حيث يثبت له الخيار وجعلناه كالهبة
حتى لا يرجع بالبعض من غير رد الباقي عند
استحقاق بعضه قال ولو عوض عن
النصف رجع بما لم يعوض يعني اذا عوضه
عن نصف الموهوب كان له ان يرجع في النصف

الاخ

الاخر لان حقه في الرجوع كان في الكل فاذا عوضه
عن بعضها امتنع الرجوع في حصته وبقي
في حصته في الباقي على ما كان قال والخروج
الهبة عن ملك الموهوب له لان الاخراج
عن ملكه وتمليكه لغيره حصل بتسليط
الواهب فلا يتمكن من نقض ما تم من جهته
ولان تبدل الملك كتبدل العين فصار
كعين اخرى فلا يرجع فيها ولو وهب المكاتب
غيره هبة ثم عجز المكاتب لم يرجع
الواهب فيها عند محمد لان هذه هبة
للمكاتب حقيقة ولهذا كان القبول اليه
وثبت له الملك فيها فيتصرف فيها تصرف
الملاك وبالعجز انتقلت الى المولى فصار كانتقالها
الى اجنبي فبطل حق الرجوع وعند ابي يوسف
له ان يرجع فيها فكذا اذا عجز وكان اعتبار
هذا الجانب اولى في المسألتين من اعتبار الجانب
الاخر كيلا يلزم ما اشكل قال ويبيع نصفها
رجع في النصف كعدم بيع شيء يعني اذا بيع
نصف الهبة يرجع في النصف الباقي كان لم
يبع منها شيء فانه اذا لم يبع منها شيئا كان له ان يرجع
في النصف ويترك النصف لان له حق الرجوع
في الكل فله ان يستوفيه ان شاء وان شاء استوفى
نصفه وكذا له ان يترك الكل ان شاء وان شاء

له ان يرجع فيها لان الهبة وقعت
للمكاتب من وجه وللمولاه من وجه
فبالعتق تصير ملكا له من كل وجه
وبالعجز تصير ملكا للمولاه من كل وجه
ثم اذا عتق كان صح

نزلت النصف فكذا اذا بيع نصفها له ان
يأخذ نصفها الباقي لان المانع لم يوجد
الا في النصف فيتقدر الامتناع بقدره
بخلا ذلى لانه لما جاز الرجوع في النصف
مع امكان الرجوع في الكل فاولى ان يجوز
عند العجز قال والزاي الزوجية
فلو وهب ثم نكح رجع وبالعكس لا اي
لو وهب لاجنبية ثم تزوجها يجوز له
الرجوع في الهبة وبالعكس وهو ما اذا
وهب لزوجته ثم ابانها ليس له الرجوع
في الهبة والاصل فيه ان الزوجية نظير
القرابة حتى يجري التوارث بينهما بلا حاجب
وترد شهادة كل واحد منهما للآخر والصلة والتوادد
دون العوض كما في القرابة المحرمية وقد
حصل فلا يرجع بعد حصول المقصود
بخلاف الهبة للاجنبي لان المقصود
فيها العوض على ما بينا فكان له الرجوع
عند فواته ثم المعتبر في ذلك حالة الهبة
فان كانت اجنبية كان مقصوده الصلة
دون العوض وقد حصل فسقط
الرجوع فلا يعود بالابانة قال والقاف
القرابة فلو وهب لذي رحم محرم منه
لا يرجع فيها لقوله عليه السلام اذا كانت

الهبة

فيكون المقصود في هبة كل واحد منهما للآخر صح

الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها
ولان المقصود منها صلة الرحم وقد
حصل وفي الرجوع قطيعة الرحم فلا يرجع
فيهما عند ابي حنيفة وقالا لا يرجع في الاولى
وفي الثانية يرجع لان الملك يقع للمولى فكان
المعتبر هو المولى ولهما ان الهبة تقع للمولى
من وجه وهو ملك الرقبة الا ترى
انه احق به ما لم يفضل عن حاجته فباعتبار
احد الجانبين تلزم فيهما وباعتبار الجانب
الآخر لا تلزم فيهما فلا تلزم بالشك ولان
الصلة قاصرة في حق كل واحد منهما لما
ذكرنا من المعنى والصلة الكاملة هي
المانعة من الرجوع فلا تتعدى الى القاصرة
ولو كانا جميعا ذا رحم محرم من الواهب
ذكر الكرخي عن محمد ان قياس قول ابي
حنيفة ان يرجع لانه لم يكن لكل واحد منهما
صلة كاملة وقال الهندواني ليس له ان يرجع
في قولهم جميعا لان الهبة لايهما وقعت تمنع
الرجوع ولو وهب لمكاتب وهو ذو رحم محرم
منه فان عتق لا يرجع لان الكسب كان للمكاتب
ثم انتقل الى المولى عند عجزه لما بينا في المكاتب
للاجنبي وان عجز فكذلك عند ابي حنيفة بناء على
اختلافهم فيمن وهب لعبد اخيه على ما مر

فيها سواء كان مسلما او كافرا لتحقق الملك ولو وهب لعبد اخيه او لاخيه وهو عبد لاجنبي رجع صح

وللعبد من وجه وهو ملك اليد صح

لان الملك استقر له فيكون صلة في حقه من كل وجه باعتبار العقد وحكمه وان عجز فعند محمد لا يرجع صح

قال والنا الهلاك يعني هلاك الشيء الموهوب
فانه مانع من الرجوع لتعذره بعد الهلاك
اذ هو غير مضمون عليه قال فلو ادعاه
اي لو ادعى الموهوب له هلاك الهبة صدق
لانه منكر لوجوب الرد عليه فاشبه
المودع قال وانما يصح الرجوع بتراضيهما او بحكم الحاكم لان
ملك الموهوب له ثابت في العين فلا يخرج
عن ملكه الا بالرضا او بالقضاء ولانه
مختلف فيه بين العلماء وفي اصله وهي
وفي عدم حصول مقصوده ووجوده خفاء
لانه يحتمل ان يكون غرضه الثواب في
الاخرة واظهار الجود والسماحة فلا يكون
له الرجوع على هذا التقدير فلا بد من
الفصل بالقضاء او الرضا فالمرتبتين القاضي
او بتبيعاتهما بالتراضي ملك الموهوب له
ثابت في العين حتى ينفذ تصرفه فيه من
عتق وبيع وغير ذلك ولو كان بعد
المرافعة الى الحاكم وكذا لو منعه فهلك
في يده لا يضمن لقيام ملكه فيه وكذا لو هلك
بعد القضاء لو ينتقل المنع لان اول القبض
كان غير مضمون عليه فلا ينقلب مضمونا
بالاستمرار عليه وان منعه بعد القضاء ضمن
لوجود التعدي منه ثم اذا حصل الرجوع

بالقضا

[illegible]

بالقضاء او بالتراضي يكون فسخا من الاصل
وقال زفر الرجوع بالتراضي عقد جديد
فيجعل بمنزلة الهبة المبتداة لان الملك
عاد اليه بتراضيهما فاشبه الرد بالعيب
ولهذا لو رده في مرض موته برضاه يعتبر
من الثلث ولنا ان عقد الهبة انعقد جائزا
موجبا حق الفسخ للواهب وهو بالفسخ يكون
مستوفيا حقا ثابتا له بالعقد لان العقد وقع
غير لازم فاذا رجع رجع اليه عين ملكه كالعارية
فيكون فسخا في حق الكل فلا يمكن ان يجعل
هبة مبتداة ولهذا الورثة لا يشترط فيه
قبض الواهب ويصح في الشايع بخلاف الرد
بالعيب بعد القبض لان حقه فيه في وصف
السلامة لا في الفسخ ولهذا لو زال العيب
امتنع الرد لوصول حقه اليه لكن اذا لم
يكن سليما فات رضاه فيرجع بالعوض
ويلزم منه فسخ العقد ضرورة من غير
ان يثبت حقه في الفسخ فاذا لم يكن له حق
في الفسخ لم يصر مستوفيا حقه فيكون
ملكا مستبدا ضرورة غير انه اذا حكم
القاضي بالرد عند عجزه عن تسليم
حقه جعلناه فسخا بعموم ولايته
ولا كذلك المتعاقدان لانهما لا ولاية لهما

الا على انفسهما وانما اعتبر ورده في المرض
من الثلث لان حق الورثة تعلق بجميع ماله
فلا يقدر ان يبطله باختياره وان ابطله
رُدَّ عليه كيف ما كان استحسانا وفي القياس
انْ لا يُرَدَّ ذكره ابن سماعة قال وان تلف
الموهوبة واستحقها مستحق وضمن
الموهوب له لم يرجع على الواهب بما
ضمن لان الهبة عقدُ تبرّعٍ وهو غير عامل له
فلا يستحق السلامة فلا يثبت به الغرور
بخلاف الوديعة لان المودَع عامل له وبخلاف
المعاوضات لان عقد المعاوضة يقتضي السلامة
فيكون كل واحد منهما ملتزما لوصف السلامة
بالاقدام على العقد فاذا لم يسلم له صار مغرورا
من جهته فيرجع عليه بما لحقه قال والهبة بشرط
العوض هبة ابتداءً فيشترط التقابض في
العوضين ويبطل بالشيوع بيع انتهاءً فيردّ
بالعيب وخيار الرؤية ويوخذ بالشفعة
وقال زفر والشافعي هو بيع ابتداءً وانتهاءً
لانهما اتيا بمعنى البيع وهو التمليك بعوض
والعبرة في العقود للمعاني دون الالفاظ
الا يرى ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة
والحوالة بشرط عدم البراءة كفالة وهبة الدين
ممن عليه ابراء وبيع العبد من نفسه اعتاق
الدين م

وهبة

وهبة المنفعة بالعوض اجارةٌ والاعارة بعوض
اجارة ولنا انه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما
ما امكن عملا بالشبهين وعقد الهبة فيكون ابتداؤه معتبرا
بلفظه فيجري فيه احكام الهبة فانتهاؤه
معتبرا بمعناه فيجري احكام البيع
كالهبة في المرض فان ظاهره تمليك في الحال
تبرعا ومعناه معنى الوصية لما فيه من
ابطال ما تعلق به حق الورثة
فيعتبر ابتداؤه بلفظه حتى يشترط
فيه القبض ويبطل بالشيوع فيما يحتمل
القسمة ويوجب الملك عند القبض في الحال
ويعتبر انتهاؤه بمعناه حتى ينفذ من
الثلث بعد الدين لان الالفاظ لا يجوز
الغاؤها مع امكان العمل بها وقد امكن
فيما نحن فيه ولا تنافي بين حكمهما لان حكم
البيع قد يكون متراخيا باشتراط الخيار
لاحدهما وفي البيع الفاسد فيكون موافقا
لحكم الهبة من حيث تاخره الى القبض
والهبة قد تكون لازمة بانقطاع الرجوع
بما ذكرنا من الموانع للرجوع بخلاف المسائل
المستشهد بها فان العمل فيها بالمعنيين
غير ممكن للتضاد بين الحكمين فتعيّن الغاء
اللفظ والعمل بالمعنى ولو وهب الاب مال ابنه

كالحوالة والكفالة

الصغير بشرط العوض لم يجز عند ابي حنيفة وابي
يوسف لانه تبرع ابتداء وهو لا يملك التبرع بماله وقال
محمد يجوز لانه بيع انتهاء على ما بينا فصل
قال ومن وهب امة الا حملها او على ان يردها
عليه او يعتقها او يستولدها او دارا على
ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها
صحت الهبة وبطل الاستثناء والشرط لان الهبة
لا تبطل بالشروط الفاسدة الا يرى انه عليه
السلام اجاز العمرى وابطل الشرط وهذه كلها
شروط فاسدة اما في غير استثناء الحمل فظاهر واما
في استثناء الحمل فلان الاستثناء تصرف لفظي لا يعمل
الا فيما يتناوله اللفظ والحمل لم يدخل تحت
اللفظ وانما هو وصف للجارية فكان تبعا
لها فلا يصح استثناؤه على ما بينا في الاقرار
فانقلب شرطا فاسدا وهو لا يؤثر في الهبة
فيصح ويدخل الحمل تبعا لها وهذا هو الحكم
في كل معاوضة مال بغير مال كالنكاح والخلع والصلح
عن دم العمد بخلاف المعاوضات المالية لانه عليه
السلام نهى عن بيع وشرط ولان الملك في الهبة
معلق بفعل حسي وهو القبض والشروط تفسد الحكمي لا الحقيقي
بل الشروط نفسها تبطل ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها
جازت الهبة في الام لان الجنين غير مملوك له واستثناء
ما في بطنها به لا يوجب الفساد كما اذا وهب ارضا

وفيها

دينها ابنته بخلاف ما اذا دبر الحمل
ثم وهبها حيث لا يجوز الهبة لان ملكه فيه
ثابت ولا يمكن ادخاله في الهبة لان المدبر
لا يقبل النقل من ملك الى ملك ولا يمكن
تصحيح الهبة في الام بدونه لانها مشغولة
به فصار نظير هبة النخل بدون الثمر والجوالق
بدون الدقيق من حيث ان كل واحد
منهما يمنع القبض بخلاف البيع حيث لا يجوز
في الفصول كلها فصل الاستثناء والعتق والتدبير
وبخلاف الوصية حيث يجوز في الام دون
الحمل وفي الحمل دون الام لان بابها اوسع
على ما بينا في البيوع وقوله على ان يعوضه
شيئا منها فيه اشكال فانه ان اراد به
الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائزان
فلا يستقيم قوله وبطل الشرط وان اراد به
ان يعوضه عنها شيئا من العين الموهوبة
فهو تكرار محض لانه ذكره بقوله على ان يرد
عليه شيئا منها قال ومن قال لمديونه
اذا جاء غد فهو لك او انت منه بريء او ان اديت
الي نصفه فلك نصفه او انت بريء من
النصف الباقي فهو باطل لان تمليك الدين
فيه معنى الاسقاط والابراء اسقاط
فيه معنى التمليك لان الدين مال من وجه

بالنظر الى المآل حتى يجب فيه الزكاة ويصح
شراؤه به من المدين ووصف من وجه
بالنظر الى الحال حتى لو حلف انه لا مال له
وله ديون على الناس لا يحنث فمن وجه
انه مال كان تمليكا فيرتد بالرد
ومن وجه انه وصف كان اسقاطا فلا
يتوقف على القبول والتعليق بالشروط يختص
بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق
والعتاق وهذا تمليك من وجه فلا يجوز
تعليقه بالشرط فتبطل بخلاف قوله انت
برئ من النصف على ان تؤدي الي النصف
لانه تقييد وليس بتعليق على ما بيناه في الصلح
قال وصح العمرى للمعمر له حال حياته
ولورثته بعد موته وهي ان يجعل داره
عمره فاذا مات ترد عليه لا الرقبى
اي ان مت قبلك فهي لك وهذا تفسير
الرقبى اي يقول ذلك له لما روى عن زيد
ابن ثابت انه قال عليه السلام من اعمر عمرى
فهي للمعمر محياه ومماته لا ترقبوا من ارقب
شيئا فهو سبيل الميراث رواه احمد وابو
داود والنسائي وفي لفظ جعل الرقبى
للذي ارقبها رواه احمد والنسائي ولان
معنى العمرى هو التمليك في الحال ويجعلها له

عمرة

عمرة فاذا مات يرجع اليه فيصح التمليك
ويبطل الشرط لما بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط
بل الشرط يبطل ومتى كان التمليك مضافا الى
زمان في المستقبل لا يجوز بالاجماع فكان الخلاف
بينهم مبنيا على تفسير الرقبى فمن قال انه
تمليك في الحال اجازه ومن قال انه مضاف
لم يجزه وليس باختلاف حقيقة ومثل هذا
تقدم في نكاح الصابئات وفي فساد الصوم
بالاقطار في الاحليل وفي وجوب الدم اذا
غسل المحرم راسه بالخطمي وبلبس الثوب
المصبوغ بالعصفر فاذا لم يكن بينهم خلاف
في الحقيقة واللفظ صالح للمعنيين امكن التوفيق
بين الاخبار فما ورد من النهي عن الرقبى
محمول على ان المراد به ابطال شرط الجاهلية
وهو الاسترداد بعد موت الموهوب له وما جا
فيه من الاطلاق محمول على انه جائز والشرط
باطل ومثله جا النهي عن العمرى ايضا وهو ما روى
عن ابن عمر انه عليه السلام قال لا تعمروا
ولا ترقبوا فمن اعمر شيئا او ارقبه فهو له حياته
ومماته رواه احمد والنسائي وقال عليه
السلام العمرى جائزة لاهلها والرقبى جائزة
لاهلها رواه ابو داود والترمذي والنسائي
وفيها اخبار كثيرة بعضها يمنعها وبعضها

الفاسدة ويبطل الشروط ومعنى الرقبى
ان يملكها له بعد موته فيكون تمليكا
مضافا الى زمان وهو من الارتقاب
وهو الانتظار كانه ينتظر موته فلا
يصح لعدم التمليك في الحال وقال
ابو يوسف رحمه الله تعالى يصح الرقبى
ايضا بناء على انها تمليك للحال
واشتراط للاسترداد بعد موته عنده
كالعمرى كان الواهب ينتظر موت
الموهوب له وقد روى ابن عباس
رضي الله تعالى عنهما انه عليه الصلوة و
السلام قال العمرى جائزة لمن اعمرها
والرقبى جائزة لمن ارقبها رواه
احمد والنسائي في صلة انه متى
وجد التمليك في الحال واشتراط
الرد في المآل يجوز بالاجماع لما بينا
ان الهبة لا يبطل بالشرط
صح صح صح

بجيرتهما والحمل على ما حملناه حمل التوفيق
فلا تعارض فيه قال **والصدقة كالهبة**
لا تصح الا بالقبض ولا في مشاع يحتمل القسمة
لانه تبرع كالهبة ويلزم فيها ما يلزم في الهبة
فامتنعت بدون القبض كالهبة قال
ولا رجوع فيها اي في الصدقة لان المقصود
فيها هو الثواب دون العوض قال في
النهاية لا رجوع في الصدقة على الغني
كما لا رجوع في الصدقة على الفقير
ثم قال من اصحابنا من قال الصدقة
على الغني والهبة سوا لانه يقصد به
العوض دون الثواب الا يرى انه في حق
الفقير جعلت الصدقة والهبة سواء
فيما هو المقصود ثم له ان يرجع في الهبة
فكذا في الصدقة ثم قال ولكنا نقول في ذكر لفظ
الصدقة ما يدل على انه لم يقصد العوض
ومراعاة لفظه اولى من مراعاة حال المتملك
ثم التصدق على الغني يكون قربة يستحق
به الثواب وقد يكون مالكا للنصاب وله
عيال كثير والناس يتصدقون على مثل
هذا لنيل الثواب الا يرى انه عند
اشتباه الحال يتادى به الواجب الذي
عليه ولا رجوع له فيه بالاتفاق فكذا عند

العلم

العلم بحاله لا يثبت له حق الرجوع عليه هكذا
ذكر في النهاية معزيا الى المبسوط وما ذكره
من عدم جواز التصدق على غنيين ينافي (من كلام الزيلعي)
هذا لانهم هناك لم يعتبروا فيه وفي
الهبة الا حال المتملك حتى اذا وهب
لفقيرين وصح وهبهما لغنيين على الصحيح
وهو المذكور في الجامع الصغير على ما بيناه
من قبل نقيا سها ان يملك الرجوع في
الصدقة على الغني ولا يملك الرجوع
في الهبة على الفقير والله اعلم
بالصواب واليه المرجع
والماب وصلى الله على
سيدنا النبي الامي وعلى
اله وصحبه
وسلم
امين